Biblioteca de la Revista de Derecho Privado. Serie B.-Vol. VII.

G. VENEZIAN
PROFESOR QUE FUÉ DE LA UNIVERSIDAD DE BOLONIA

USUFRUCTO

USO Y HABITACIÓN

TRADUCCIÓN CASTELLANA POR LA REVISTA
CON RETRATO DEL AUTOR Y CON UNA NOTICIA
BIOGRÁFICA POR RAFAEL ATARD

ANOTADA CON ARREGLO A LAS
LEGISLACIONES ESPAÑOLAS Y AMERICANAS
POR
JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS
CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

TOMO I





MADRID
LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUÁREZ
PRECIADOS, 48
1928



Tipografía Artística. - Cervantes, 28. - Madrid.

GIACOMO VENEZIAN

AL evocar la figura excelsa del profesor Venezian acuden a mi mente los nombres de algunas cualidades o virtudes — *cardinales* — que, reunidas, hicieron siempre hombres ilustres y colectividades fuertes: *trabajo reflexivo, idealidad, limpieza de móviles y de conducta, generosidad de sí mismo.* Trabajador asiduo, alegre y consciente; hombre recto, de actuación firme y delicada; exquisito y candoroso en sus amores por la verdad, la patria, la naturaleza, la vida; generoso de sí en todas las manifestaciones de su actividad fecunda: así fué siempre Giacomo Venezian, para *ejemplo del mundo* y para bien de la patria, de la ciencia y de los suyos, entre los cuales quiero contarme hoy, no por méritos propios, sino por aquella buena fortuna que me permitió recibir las enseñanzas y los afectos del maestro, y consagrarle entusiasmos y veneración cariñosa que el tiempo acrece y la edad pule. ¡Cuán lejos Venezian del *arrivismo* y *picardía* que a tantas partes llegan y tantos templos dejan polutos! En las vocaciones — ¿por qué no misiones? — de Venezian — varias, no una, pero ligadas por nexo orgánico y todas definidas y *claras* — no se mezcló nunca nada turbio, y las unas sostuvieron y abrillantaron las otras. Así, el patriotismo reforzó las virtudes familiares, muy sólidas de suyo, las exigencias del trabajo profesional y el amor al campo — *montes et silvæ!* —; y los sentimientos de la familia, el derecho y la naturaleza fueron acicates para llenar con elegancia y arrojo

supremo la misión del patriota ardiente! Jamás Venezian estableció entre la cátedra y la política — alta política la suya —, consorcios *productivos* e incestuosos como esos que, a veces, preside una Talía rendida a los manes de *Creso diviciaco;* pero la ciencia prestó mesura, precisión técnica y dignidad elevada a las actuaciones del ciudadano y del abogado: la visión política ensanchó los horizontes del científico, y las consultas y la práctica forense hicieron más vivas y fecundas las construcciones jurídicas.

Afectuoso y severo — como del progenitor del maestro dijera un biógrafo de este último —, Venezian se sintió siempre profesor y pedagogo: hasta en las excursiones dominicales por la montaña y en las fiestas de sociedad a que aportaba la gallardía de su espíritu y de sus movimientos juveniles. Siempre dogmático, pero siempre lleno de vocación y de bondad, soportaba difícilmente las osadías de la petulancia o la vana pedantería. Estaba, sin embargo, muy lejos de pertenecer a aquella clase de docentes (?) a quienes disgusta todo atisbo de personalidad en el discípulo, cuando no viste disfraz de adulación plebeya o no parece *gracia* del hijo del conmilitón o del agnado del prócer.

Alguien ha dicho de Venezian, pensando en la pureza, consecuencia y heroísmo de su vida, que Leopardi le hubiera colocado entre los hombres antiguos y legendarios. *Como un héroe de la antigüedad clásica* debe, en efecto, figurar, por derecho propio, sin regateos, en toda *Vida de hombres ilustres!*

* * *

En otra ocasión, a raíz de la muerte gloriosa del maestro, le dediqué, en la *Revista de Derecho Privado* (1), breves palabras, que tal vez no acertaron a reflejar la emoción sincera de mi alma. Hoy, al evocar de nuevo el gesto heroico, de gallardía insuperable, con que Venezian

(1) Número 33, Junio de 1916.

supo coronar todos los entusiasmos de una vida de lucha por la redención de la patria *irredenta* y la unidad y conservación de Italia, permítaseme recordar cómo el adolescente triestino de diecisiete años, que sufrió prisión en Gratz por su propaganda de italianismo y que se defendió ante los Tribunales austriacos con habilidad y energía, *se desterró* de su país natal, una vez absuelto, para vivir en el seno de la patria grande, donde, al paso que afirmó y afinó su vocación de jurista, hubo de adquirir muy pronto *formalmente* la nacionalidad que *sustancialmente* poseía ya, en su espíritu y en su sangre. Al dolor de la persecución por la justicia — tomada la frase en sus sentidos así espiritual como literal, así depurado como vulgar — se unió en su corazón el dolor de tener que *romper formal y políticamente* con la ciudad natal para ostentar la nacionalidad de la patria a que pertenecía por sustancia espiritual, por origen, herencia y tradición familiares, por aquella misma interpretación histórica y concepción geográfica y política de los límites y la misión de la madre Italia, que hizo considerar el *Trentino* y la *Venezia Giulia* como Italia oprimida e irredenta.

Propagandista constante de la redención de la patria chica y de la unidad e independencia de la patria grande, en las conversaciones privadas, en los ritos del culto familiar, en los discursos públicos, en la Prensa, en el folleto patriótico, en el trabajo de sumar voluntades dispersas y esfuerzos aislados, en la arenga militar y en los ejemplos del sacrificio abnegado: Venezian fué, en Bolonia, centro de aquellas expansiones juveniles, si nobles y serias, del *cortile quattrocentesco* en que flotaba, inflamando los ánimos, el aliento de un Carducci, majestuoso todavía en sus atributos mortales y vivo siempre en la exaltación de sus *yambos y épodos!;* fué — él, de palabra muchas veces oscura y premiosa, en la vida y trabajo diario — tribuno inspirado, arengador elocuente de escolares, compañeros y multitudes; fué soldado voluntario en el ejército de su patria; fué progenitor y sostenedor de la Sociedad patriótica *Dante Alighieri;* fué autor de se-

veras *demostraciones* de la justicia de la causa para él sagrada, como aquel famoso folleto, *Las esperanzas de Italia*, publicado en 1885, en que se contenía una exposición serena, meditada, definitiva, del problema italiano; fué defensor ardiente de la entrada de Italia en la última gran guerra europea; fué, en fin, por su vida y por su muerte, flor de caballeros y espejo de patriotas.

No quisiera alejarme mucho de la finalidad principal de estas páginas — poner de relieve la personalidad jurídica de Venezian y la importancia de su obra *Usufructo, uso y habitación* —; pero sí he de permitirme aún copiar las palabras que Venezian oponía a los proyectos de arreglo pacífico de la *cuestión italiana*, y aquellas otras que el Rey de Italia acogió, a propuesta del Duque de Aosta, para fundamentar la concesión de la Medalla de Oro al muerto glorioso. Las primeras establecen los términos del problema; las segundas representan la solución adecuada según las leyes de la lógica y del honor.

«No — respondía Venezian a los propugnadores de una solución pacífica —; porque sólo es sagrado lo que se conquista con sangre. No; porque nunca apreciaremos en su justo valor una conquista obtenida con manejos diplomáticos; y sólo serán nuestras, irrevocablemente, las tierras que reguemos con nuestra sangre».

«De pie — dice la motivación de la suprema recompensa guerrera — entre el torbellino de los proyectiles enemigos, agitando la boína al grito de «¡Viva Italia!», animaba a las tropas que el día 14 de Noviembre conquistaran un trozo de trinchera enemiga. El 16 de Noviembre, herido, ocultaba su estado por el temor de que le obligaran a abandonar la primera línea. El 20 de Noviembre, cuando las tropas de la primera línea, atacando un fortísimo atrincheramiento austriaco, fueron acogidas con fuegos de extraordinaria violencia, se lanzó en su apoyo a la cabeza de su batallón, que condujo con el mayor valor, hasta que cayó muerto de un balazo en la frente».

Venezian, que había nacido en Trieste el 7 de Diciembre de 1861, murió en Castelnuovo del Carso el 20 de Noviembre de 1915.

* * *

Venezian, como jurista, se distinguió en la cátedra, en el cultivo científico y trabajo constructivo del Derecho civil y en el ejercicio práctico de la abogacía. En este último campo de su actividad, a que llegó maduro de ciencia y de sentido de la vida, se caracterizó por la *sustancia* de sus alegatos y por el celo más escrupuloso en la elección de los asuntos y la observancia de la dignidad profesional. De entre los triunfos del maestro ante los Tribunales, que compañeros y discípulos recuerdan con encomio, el más interesante es tal vez el de la defensa de la legitimidad jurídica de un «resarcimiento de daños en vía civil bajo la forma específica de la destrucción del hecho que produjo el daño y lo perpetúa, aunque consista en la nota difamatoria de un escritor contenida en el libro de otro». Y la defensa, aguda, fundamentada, objetiva, que dió a los artículos del Código civil italiano en materia de resarcimiento su sentido mejor y más amplio, se hace especialmente simpática cuando se piensa que, *in concreto*, en ella como en todas las actuaciones forenses de Venezian, junto a la pureza de la construcción jurídica, alentaba un móvil de elevado interés moral; aquí, el de honrar y defender al amigo injustamente atacado, al gran Giovanni Pascoli, con quien, sin duda, Venezian sintió más de una vez la poesía de aquellos campos maravillosos de donde, si la memoria no me es infiel

«veniva un canto di vendemmiatore,
»veniva un canto di vendemmiatrice. . .»

Venezian, a quien Bolonia reivindica hoy para sí como su estudiante y su profesor, enseñó primeramente en Camerino, de 1885 a 1887, Código civil y Derecho romano, y allí leyó su discurso *Reliquias de la propiedad*

colectiva en Italia. Fué, luego, profesor de Derecho civil en Macerata; y, en 1895, conquistó la cátedra de Messina, como profesor ordinario de Derecho civil, con la obra magna *Usufructo, uso y habitación. Libero docente* en Roma, consiguió, por fin, en 1899, la cátedra de Derecho civil de Bolonia, con lo cual, a un tiempo mismo, recabó para sí la misión docente de su maestro Orestes Regnoli, y *volvió a la madre*, según la frase feliz del poeta Pascoli, que hoy ha repetido el profesor Rava. Pero no limitó Venezian sus enseñanzas a la Facultad de Derecho de la Universidad oficial de Bolonia. La Universidad Popular, la Escuela Superior de Agricultura y la Real Academia de Ciencias del Instituto de Bolonia, recibieron sus lecciones repletas de doctrina, utilidad práctica y visiones del porvenir.

De su enseñanza han dicho unos que fué alta, nobilísima, inspirada en un sentimiento profundo del deber, del sacrificio y de aquel amor a la patria que la escuela debe cultivar siempre en los jóvenes para no traicionar su misión más elevada. Otros han hecho notar que cuando enseñaba ponía el mismo entusiasmo y cuidado con que se entregaba al estudio, y así, sus lecciones resultaron de valor inestimable por la seguridad del método y la novedad de los resultados. Otros, finalmente, nos hablan del afecto, de la aplicación escrupulosa del maestro al dirigir a los alumnos que le seguían con respeto cariñoso y atención admirada; de la independencia de criterio y conciencia estricta con que sostenía lo que juzgaba mejor, sin detenerse en consideraciones del amor propio o la conveniencia; del maridaje feliz de teoría e historia, evolución y actualidad, positividad y reforma que aparece en la elaboración de sus cursos. Todos tienen razón y a todos me sumo como testigo presencial. Como clásicas para siempre, conservadas en una u otra forma, han quedado sus *lecciones* sobre *derecho sucesorio, hipotecas, negocio jurídico;* y aquel curso de la Escuela Superior de Agricultura, que fué ocasión para que se revisaran y estudiaran los problemas del

crédito agrario y de los contratos sobre la tierra, y se puntualizaran y definieran los llamados *usos cívicos* y *dominios colectivos.*

Ferrara, después de notar que Venezian no fué orador, y que su palabra, a veces dura, aunque siempre conceptuosa, precisa, meditada, no permitía, acaso por excesivo amor al tecnicismo, que el discurso pareciera transparente y lúcido, recuerda lo feliz de sus ataques y réplicas, incisivos y cortantes, añade: «La actividad de Venezian no se limitaba a las lecciones. Era, además, un incitador al estudio, un educador, un verdadero maestro. Y yo, que fuí su discípulo, recuerdo aún, conmovido y apenado, como en una cara visión distante y lejana, las horas que juntos pasamos en Messina, en paseos encantadores, por la orilla del mar, hablando de Derecho».

A mi vez, conmovido y apenado, recuerdo los paseos con el maestro por aquel Apenino boloñés, más amado cuanto más distante — ¡oh *Monte Capra,* oh *Monte Adone,* oh *Monte Venere,* oh *Monte Rocca,* oh *Piev'del Pin!* — donde una prímula, una orquídea, una violeta, fueron a menudo la ocasión de los discursos — elocuentes entonces como animados por el hálito de la montaña, el ardor de la marcha alpina, el buen desayuno frugal, el aromoso vino *nostrano* y el *aria mordente del mattino* —, en que vibraban el amor a Italia, el amor a la Naturaleza, el amor al Derecho.

* * *

Al ocuparme de Venezian como cultivador científico del Derecho — del Derecho civil, pues sólo ocasionalmente, muy al principio, se dedicó al Derecho penal y penitenciario — , debo, ante todo, sentar las características fundamentales de su trabajo. Comentaristas y biógrafos, al tratar este punto, han empleado frases y giros de sentido claro y exacto para las escuelas italianas, pero que, en otro ambiente, se prestan a la interpretación errónea. Se ha dicho que Venezian cultivó el derecho *como un filósofo;* que era un *verdadero teórico* de factura

fina y aristocrática; que *la tendencia de su espíritu era más especulativa que práctica;* que *el ideal orientó y gobernó sus concepciones jurídicas.* Quien tal leyere podría imaginarse a Venezian como un filósofo venido al campo del Derecho para revisar y reformar las instituciones con arreglo a los postulados de la razón, derivando, mediante el raciocinio, las reglas jurídicas de los principios o generalizaciones de la Filosofía. Y no fué así. Venezian, el jurista de formación clásica y humanista y de gran preparación histórica, era, ciertamente, un filósofo cultísimo; pero si aportó a su sistema de trabajo del Derecho, y aun a su estilo, rigores nacidos de un método filosófico, de una concepción orgánica de la vida y de un sentido profundo de los fines sociales, actuó de preferencia sobre un derecho vivo en su sociedad y en las necesidades de su tiempo, natural y positivo, *devenido históricamente:* no a inventar por la mente en las regiones de la especulación, sino a descubrir en la vida social — instituciones, concepciones económicas y políticas — y a construir o formular del modo más claro y técnico. Venezian fué, por tanto, más que un filósofo del Derecho del tipo clásico de la escuela dualista, un constructor jurídico de gran preparación filosófica e histórica y de método rigoroso y profundo (1).

A esta primera nota del trabajo de Venezian — *la construcción jurídica ilustrada y dirigida por el pensamiento filosófico* — se unen otras tres de varia naturaleza: *la consideración económica* de los problemas, *la falta de propósito y límites preconcebidos* y *el descontento y desconfianza de sí propio.* La consideración económica de los problemas jurídicos, unida a la preparación filosófica, dió a las construcciones del maestro amplitud y

---

(1) V. Leicht: *Giacomo Venezian.* Discurso en honor de este último; Bologna, 1926. «No es el jurista que se contenta con la mera interpretación lógica y doctrinal de la ley positiva, sino que se afana en la construcción: reclaman especialmente su atención aquellas materias donde el choque entre la ley positiva y los fenómenos económicos y sociales que de ella se distancian es más fuerte y da lugar a dificultades mayores.»

profundidad. La falta de propósito y límites preconcebidos, sinceridad y nobleza. El descontento de sí propio, escrupulosidad y seguridad. Obras derivadas de un trabajo tal no se leen como novelas ni se hicieron para las impaciencias de la ligereza improvisadora — barro dorado —; pero son tesoro inestimable para el estudioso de vocación sincera.

El profesor Brini dice que los campos de la actividad de Venezian, como estudioso del Derecho civil, son dos principalmente: el de la responsabilidad y resarcimiento por consecuencia de hechos anormales, y el del goce normal de los bienes exteriores, su utilización y valorización más allá de su disponibilidad — cuando menos la inmediata — , junto con las ordenaciones relativas a los bienes inmuebles. Sin negar, en términos generales, la exactitud de esta observación, yo me permito clasificar la fecunda labor de Venezian, como civilista, en tres grupos, a saber: obras de carácter general, trabajos relativos al Derecho de obligaciones y estudios sobre Derechos reales y otras instituciones especiales del Derecho civil.

Al primer grupo pertenece aquel *Ensayo de un Manual de Derecho Privado,* inédito a la muerte del autor, en que éste resumiera algunos de sus trabajos en la Universidad popular. En el segundo grupo figuran: la tesis de licenciatura — *laurea* — de Venezian, *Daño y resarcimiento extracontractuales*, escrita en 1882, impresa en 1886, pero no dada al público sino mucho tiempo después, y aun entonces restringidamente, de modo *cuasi familiar,* al decir de Ascoli; *La causa en los contratos,* publicada en 1892, que el mismo Ascoli considera como escrito de los menos felices de Venezian, por la tendencia a reducirlo todo a fórmulas demasiado sencillas, pero reconociendo, sin embargo, que esta *culpa feliz* era debida a un estudio profundo que pretendió transformar en problema económico y filosófico una cuestión estrictamente jurídica; y el *Error como obstáculo* (1904), que, junto con el trabajo anterior, es considerado como uno de los estudios más sutiles de Venezian. Figuran tam-

bién en este grupo otros trabajos de alcance más limitado, como los relativos a la venta de abonos y a los derechos del arrendatario a las mejoras, y numerosas notas doctrinales y de jurisprudencia. Corresponden al tercer grupo: *Reliquias de la propiedad colectiva en Italia*, discurso inaugural leído en 1888 en la Universidad de Camerino; el opúsculo sobre la L. 3, § 2, D. *Quibus modis usufructis amittitur*, VII, 4 (1896); las Memorias relativas a la *transcripción*, tituladas *Reformas de la publicidad inmobiliaria* (1897), *La reforma de la transcripción en el proyecto de ley para facilitar el crédito hipotecario* (1905) y *El Proyecto de Ley de Scialoja sobre la transcripción* (1910); la Prolusión del maestro al subir a la cátedra de Bolonia, *Tutela de la expectativa*, que trae a discusión uno de los problemas de más interés en el derecho constructivo por tratarse de algo cuya protección se impone, pero que es de tan difícil elaboración que algunos juristas quisieran relegarlo a la estética del Derecho civil; un estudio sobre *Crédito agrario* (1903); trabajos sobre *El error de derecho y la posesión de buena fe* (1905), *sobre colonización interior* (1906), sobre la cuestión del *vínculo forestal* (1909), sobre los *usos cívicos* (1910 y 1911); *La propiedad inmueble en Libia* (1912) y *El Tapu en el Derecho otomano* (1913); algunos ensayos monográficos en materia de sucesiones, entre los cuales es muy conocido el *Legado de anualidades sucesivas*; muchas notas doctrinales y de jurisprudencia, tan numerosas y nutridas como en materia de obligaciones; y, finalmente, al lado de estas y otras obras que aparecen citadas en las conmemoraciones y publicaciones de Venezian, superándolo todo, destacándose con especial relieve, el tratado *Usufructo, uso y habitación*, cuyo primer tomo, en que se contienen principalmente las bases fundamentales de las instituciones estudiadas, se publicó en 1895, y cuyo segundo tomo, que contiene la *especificación más técnica y difusa de la doctrina*, apareció en 1913.

Este libro, que, para Bonfante, constituye una «obra

ejemplar con que no puede parangonarse ninguna otra de Derecho civil en Italia» — juicio acogido y explicado por Ascoli como expresivo de que ningún otro *estudio especial de una institución* ha tenido en la literatura jurídica italiana un desarrollo tan completo y armónico, reuniendo el mayor escrúpulo en la investigación histórica, el examen más profundo de los conceptos, y la exégesis segura y sencilla del texto a la visión general del instituto — y que Brini califica de monumento capital, de tratado el más amplio y magistral sobre servidumbres personales; prestará a los estudiosos del Derecho civil en España, que ya no lo conozcan en italiano, un triple servicio: al mismo tiempo que les dará el conocimiento más profundo y completo de las instituciones a que se refiere, en sus variedades, facetas y matices, les ofrecerá el ejemplo vivo de un sistema de trabajo a imitar, y aun les ilustrará el sentido del derecho patrio como auxiliar poderoso de exégesis y reforma. Dije «a los estudiosos» del Derecho civil español, y dije bien. Es obra la de Venezian que no se asimila sin vocación y paciencia.

Al empezar estas líneas fuí más lejos de lo que pensaba. Mi afecto al muerto preclaro renovó emociones y me detuvo en la contemplación de su personalidad excelsa. No debo alargar más este Prefacio, ni podría hacerlo sin convertirme en expositor, comentarista o anotador. Termino, pues; pero al hacerlo, me permito aún copiar dos juicios sobre la obra cuya traducción ofrece hoy al público la *Biblioteca de la Revista de Derecho Privado*. Un juicio de Ascoli; otro de Barassi.

La gran obra de Venezian — dice el primero — fué su *Tratado sobre el usufructo, el uso y la habitación*, «en que se combinan la amplitud de la comprensión sintética y el cuidado minucioso de los detalles; la seguridad de las nociones históricas y la profundidad de los puntos de vista filosóficos; la elevación científica y la utilidad práctica».

La obra fundamental de Venezian — dice Barassi —

es el *Tratado sobre el usufructo:* «un modelo verdaderamente clásico de cómo puede tratarse profunda y genialmente una materia jurídica, y que presentó la ocasión para investigar multitud de problemas y reconstituir tantas instituciones del Derecho civil. Tratado que, agotando la materia, es, sin embargo, sobrio, agudo y claro, aunque el predominio del pensamiento y el trabajo atormentador de la autocrítica lleven a veces al autor a despreciar ciertos claro-oscuros más ampliamente reveladores. Pero, ¡cuánta luz vivida se desprende de aquellas páginas! ¡Qué goce intelectual para el estudioso que asiste allí al esfuerzo sutil y ordenado de las reconstrucciones, al lujo admirable de una dialéctica que a un tiempo mismo es poderosa y sobria!»

RAFAEL ATARD.

Berck-Plage, Julio de 1927.

ADVERTENCIA DEL EDITOR

La importancia teórica y la utilidad práctica de la presente obra de Venezian, que ya obligaron a reimprimir en alguna ocasión el texto italiano, han de hacer necesaria una nueva edición en dicho idioma en fecha acaso no lejana. Por eso, antes de preparar la versión española se realizó la oportuna gestión cerca de la Unión Tipográfica Editora de Turín, a quien corresponde la propiedad literaria, y del Profesor Osti, deudo del llorado maestro y persona llamada a continuar sus trabajos, y se ha obtenido la seguridad de que al volver a publicar el Tratado *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione,* se tiene el propósito de hacer, más que una nueva edición, una reimpresión pura y simple; es decir, que se respetarán esencialmente el plan, la orientación, la doctrina y las conclusiones del Autor, y que habrán de quedar intactas sus luminosas investigaciones, su magistral exposición y el análisis profundo y sutil de preceptos e instituciones que pródigamente realiza; la futura edición, pues, ha de limitarse a las modificaciones exigidas por el transcurso del tiempo en punto a la sucinta mención de textos legales (cuyas variaciones sustanciales ha tenido ya en cuenta el anotador español), y a fallos jurisprudenciales italianos de época más reciente, pero cuyo interés para nuestro público ha de ser forzosamente muy escaso o nulo.

OBSERVACIÓN PREVIA

Para mantener la debida separación, las notas del autor van señaladas con cifras arábigas, y las concordancias españolas irán marcadas con una letra y comprendidas entre paréntesis cuadrados.

LIBRO I

EL USUFRUCTO Y SUS MODIFICACIONES

CAPÍTULO I

EL USUFRUCTO

§ 1. El usufructo y el cuasiusufructo.

Sumario: 1. Compatibilidad del usufructo con la propiedad. - 2. Aplicación de la idea económica del usufructo a los bienes de utilidad simple. - 3. Forma jurídica del usufructo sobre bienes de utilidad simple. - 4. Cómo fué admitida en el Derecho romano esta forma jurídica.

1. En la palabra *ususfructus* están comprendidos dos sustantivos: *usus* y *fructus*. *Usus* procede de *utor* — que acaso tenga raíz común con haber *(au-ti)* —, e indica servirse de una cosa como medio o instrumento para procurarse una satisfacción. *Fructus*, cuya significación, antes de ser restringida a un efecto, como lo está en nuestra palabra *fruto*, indica la acción o acto mediante el cual se logra el efecto, procede de *fruor*, vocablo que tiene quizá relación con *frao (frango)*, y con la expresión de la primera forma material de goce o disfrute: parto con los dientes, que expresa el hecho de encontrar en una cosa la causa de satisfacción (1). A esta doble designación o significado corresponde la distinción de los bienes en dos clases que hacen los economistas: bienes *directos*, aquellos que,

---

(1) *Utor armis, cultro, rostro, oratione; fruor commodis, studiis, desidiis, luce, pace;* cfr. estas expresiones en el Diccionario de Forcellini (ed. De-Vit). La oposición de significado entre ambos verbos aparece clara en este pasaje de Floro: *cum victoria posset uti, frui maluit; relictaque Roma, Campaniam peragrare (De Hannib.*, I, 2, cap. VI), y en este otro de Séneca: *tu voluptate frueris, ego utor; tu illam summum bonum putas, ego nec bonum (De vita beata*, cap. X, i. f.). V., por lo demás, San Agustín: *illæ (res) quibus fruen-*

colocados en contacto con nuestros sentidos, son aptos para satisfacer una necesidad; y bienes *instrumentales*, los que no nos pueden procurar una satisfacción directamente, pero sirven de medios o instrumentos para obtener bienes *inmediatos*. Reunidos *fructus* y *usus*, sirven para expresar el beneficio o utilidad total que se obtiene de una cosa en cualquier forma, bien directa, bien indirectamente.

El Derecho procura a los hombres, mediante la ley, la seguridad de obtener de las cosas toda la utilidad de que sean susceptibles, merced al derecho de propiedad. Ahora bien; para que sea compatible la existencia de tal derecho de propiedad con otro que atribuya a una persona distinta de su titular la utilización de las cosas mismas pertenecientes a éste, son necesarias ciertas condiciones. Puede ocurrir que, aun comprendiendo la facultad más amplia de disfrutar la cosa, tal derecho vaya unido y esté subordinado a la obligación de suministrar al dueño de ella una utilidad proporcionada, como ocurre en la enfiteusis, por lo menos según en sus comienzos se estructuró; en ella el propietario, si bien pierde la facultad de utilizar a su antojo el fundo enfitéutico, en compensación, adquiere un derecho al canon, que es, en cierto modo, equiparado a la utilidad que pudiera obtener del fundo; derecho que no sólo está garantizado por el valor del predio, sino que es un derecho sobre el mismo, que puede ejercitar contra cualquier poseedor de él, sea quien sea. Comparado con un fundo libre, el predio enfitéutico reviste una instrumentalidad distinta; porque en vez de servir de medio para adquirir productos naturales, sirve de instrumento para adquirir el canon. También puede ocurrir que sobre la cosa se constituya un derecho limitado a una de las varias utilidades de que sea susceptible la cosa; tal ocurre en las servidumbres prediales, respecto a las que el propietario del fundo sirviente conserva su derecho de propiedad, si bien modificado entonces por la facultad asignada al del predio dominante. Por último, puede darse el caso, asimismo, de que se atribuyan o aseguren a persona diferente del dueño, y por cierto período nada más, las utilidades que la cosa sea susceptible

---

dum est beatos nos faciunt; istis quibus utendum est, tendentes ad beatitudinem adjuvamur et quasi adminiculamur, ut ad illas quæ nos beatos faciunt pervenire atque his inhærere possimus (De doctrina christ., I, 3, cap. III). *Uti, ut*, en cuanto conjunciones, sirven, en primer término, para unir el verbo que expresa una acción con la proposición que indica el fin de ella. Probablemente, estas conjunciones son el mismo verbo *uti* en una función especial; de este modo es como mejor se comprendería su verdadero significado.

de producir en distintas épocas; esto era lo que en Derecho romano y en la legislación civil de los países latinos se conocía con el nombre de *usufructo.* El usufructo es un derecho temporal frente al perpetuo de propiedad, cuya característica esencial es la duración indefinida, y que sirve a la distribución espontánea de los bienes entre la sucesión de generaciones. El usufructo es compatible con la existencia de la propiedad, por ser su carácter temporal y aun cuando se extienda a todas las utilidades que pueda prestar la cosa, y por larga que su duración sea, no por ello resulta inútil la propiedad ni carece de valor: tiene la seguridad de consolidarse algún día, y aun actualmente posee un valor también la perspectiva de la utilidad que el dueño podrá en su día obtener de la cosa.

2. Se deduce necesariamente de la compatibilidad de este derecho de goce con el derecho de propiedad que sólo pueden ser objeto de aquél los bienes que ofrecen una utilidad reiterada, los susceptibles de renovar la satisfacción de iguales o diversas necesidades en épocas distintas; aquellos otros bienes de *utilidad simple,* los que agotan en una sola vez su aptitud para satisfacer necesidades humanas, no pueden servir de objeto a una potestad diversa del derecho de propiedad, porque o sería inútil ésta, o aquella potestad quedaría sin contenido al reservarse el dueño la posibilidad de obtener utilidad alguna.

Esta separación del derecho de *goce* del de *propiedad* responde a una relación económica que puede darse en toda clase de bienes. La utilidad completa o total, esto es, el valor subjetivo de una cosa que puede prestar utilidades sucesivas o repetidas, considerado en un determinado momento, resulta de la estimación de cada una de esas utilidades parciales que puede prestar, debidamente sumadas, y con deducción proporcionada al período de tiempo que pueda mediar entre el momento presente y aquellos otros en que la cosa haya de rendir esas utilidades. El valor de un disfrute temporal se mide calculando el valor actual de las utilidades que pueden obtenerse y teniendo en cuenta el período de tiempo que ha de durar el disfrute del objeto. A su vez, el valor actual de la propiedad de una cosa cuyo disfrute temporal corresponda a persona distinta, se mide por el valor presente de las utilidades futuras que del objeto puedan lograrse al terminar el referido disfrute. Es decir, que tanto el valor del goce o disfrute como el de la propiedad de bienes disfrutados por otros pueden determinarse en esta forma: tomando como minuendo la utilidad total, y restando de ella el disfrute (para obtener

el valor de la propiedad) o el valor de la propiedad (para obtener el del disfrute). De esta suerte, nudo propietario y usufructuario llevan a su activo la utilidad total, y colocan como pasivo: el uno, el valor del usufructo; el otro, la nuda propiedad.

Pero como lo que constituye la utilidad total de una cosa de utilidad simple es el valor actual de esta utilidad realizable de momento, si ésta no se puede conseguir sino en un futuro más o menos remoto, queda reducida al valor *actual* de una *utilidad futura*, que se encuentra con respecto a la total en la misma relación en que se halla el pleno dominio con el valor de la nuda propiedad, y la diferencia entre ambos valores corresponde exactamente al valor del derecho de disfrute.

3. Aun cuando sea igual la relación económica, no puede, sin embargo, revestir la misma forma jurídica. El vínculo se establece idealmente entre dos momentos sucesivos de la propia cosa; y si ésta no es susceptible de prestar utilidad sino una sola vez, y al prestarla pierde la individualidad propia, no puede en realidad hallarse en dos posiciones en el tiempo. Si hoy uno disfruta de una cosa de utilidad simple, queda frustrada la expectativa de otro para obtener, después, de ella utilidad el día de mañana. Y si queda asegurada la esperanza de obtener la futura utilidad de que es susceptible, se imposibilita el disfrute actual. Para que sean compatibles el disfrute presente y el venidero en las cosas mismas que no son aptas para repetición de utilidad, necesítase que sea posible la reiteración, o sea la sustitución de la cosa; esto es, que indistintamente se pueda tomar como medio de utilidad el objeto, u otro de igual género, y asegurar el disfrute, más bien que de la cosa misma, de su equivalente. Entonces aparece la compatibilidad, no de dos *derechos reales* — porque el derecho real es aquel que tiene por objeto una cosa determinada, y el equivalente de una cosa determinada no es una cosa determinada —, sino un *derecho real* y *otro de obligación*, cuya suma compone la utilidad total, y de cuyos sumandos representan, uno, el valor de la utilidad futura, y el otro, el valor de la diferencia entre ésta y la utilidad total; y el derecho real sobre cosas de utilidad simple, no limitado ni limitable más que por una obligación, reviste el carácter absoluto de un derecho de propiedad. Si éste tuviese el valor actual de la utilidad futura, tendría enfrente el derecho de obligación representativo del valor de la diferencia entre la utilidad total y la utilidad futura. Esto es, el propietario quedaría obligado a prestar a otro un equivalente del

beneficio que recibe por el hecho de poder obtener inmediatamente una utilidad de la cosa, sin tener que aguardar a hacerlo más adelante. Pero en contemplación especialmente a la incertidumbre y eventualidad de la duración del intervalo y a la consiguiente imposibilidad de apreciar por anticipado aquella utilidad, parece más conveniente asignar al derecho de obligación el valor actual de la utilidad futura, asegurando el derecho de goce (o sea el derecho a la diferencia entre la utilidad total y la utilidad futura), en forma de derecho de propiedad. Entonces, en el activo del propietario, colocado en el lugar del usufructuario de cosa de utilidad reiterada, es donde grava la obligación de prestar, a quien está en el lugar del propietario, el equivalente de la futura utilidad o la prestación futura del equivalente de la cosa.

4. La aplicación en esta forma jurídica del concepto económico del usufructo a las cosas de utilidad simple fué consecuencia de un senadoconsulto, que probablemente se remonta al siglo VIII de la fundación de Roma (1). Desde época remotísima (2) era el usufructo en Roma un medio frecuentemente usado de asegurar a cónyuges o amigos elementos para subsistir holgadamente, sin quebrantar la unidad del patrimonio, y sin que los bienes saliesen de la familia del testador o de sus herederos. Si en vez de constituir usufructo sobre cosa determinada, se dejaba en usufructo la totali-

---

(1) Sólo aproximadamente puede inducirse la fecha de este senadoconsulto. Con certeza únicamente puede afirmarse que no es posterior a Tiberio, puesto que era conocido ya de Nerva y Sabino, contemporáneos de éste. Véase ULPIANO, 3, 5, § 1. D. *De us. ear. rer.*, VII, 5.

(2) Según ELVERS, *Die röm. Servitutenlehre*, § 3, la constitución del usufructo se hacía al principio, probablemente, imponiendo una obligación al heredero. Al hacerse habitual la designación con ese nombre de una determinada forma de disfrute, se pasó a atribuirla ya directamente a la persona que se quería favorecer; y la jurisprudencia, para defender la eficacia de semejantes legados, que no hubieran tenido valor antes del senadoconsulto Neroniano, por faltar la *damnatio* expresa, reconocía al usufructo el carácter de derecho real, y en el legado que lo instituía un *legatum per vindicationem*. En pro de la antigüedad del usufructo habla la circunstancia de que se le considerara siempre como prototipo de las servidumbres personales, aplicándose al *usus* y a la *habitatio*, aunque parcialmente, las reglas dictadas para aquél. También el nombre de *usustructus* es patrimonio exclusivo de este derecho, en tanto que con las expresiones *usus* y *habitatio* se designan asimismo otras relaciones jurídicas de naturaleza, no real, sino meramente obligatoria.

dad del patrimonio (1), la disposición era eficaz respecto a los bienes de utilidad reiterada, y quedaba íntegra a favor de los herederos (2) la propiedad de los demás no susceptibles de usufructo. De un modo semejante, acaso, se asignaba una eficacia parcial al legado en usufructo de una parte alícuota del patrimonio, cuando del cómputo que servía para fijar el importe total de éste y, por tanto, la cuota usufructuaria, se excluían los bienes no susceptibles de usufructo. O, más probablemente, se fijaba aquel importe global incluyendo en él todos los bienes; pero la fijación de la cuota del usufructuario se hacía únicamente con bienes idóneos para el usufructo (3).

Sea como fuere, debió haber dificultades para que la voluntad del testador no fuese interpretada arbitrariamente; y aquéllas aumentaron de seguro a medida que crecía la riqueza mobiliaria, y, por tanto, la parte del patrimonio sobre que no podía coexistir un derecho de propiedad con un derecho de disfrute; intervino enton-

---

(1) CICERÓN: *Or. pro Cæcina*, c. IV.

(2) CICERÓN: *Topica*, c. VII... *non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis putare, id ad se pertinere. Usus enim, non abusus legatus est.* PUCHTA *(Rheinisch. Mus.*, v. III, p. 82) quiere de este párrafo inferir que era anterior a CICERÓN el senadoconsulto, e interpretando el párrafo precedente como un implícito reconocimiento de la validez y eficacia del usufructo sobre aceite y vino, niega que la legataria pudiera titularse propietaria de esto *(ad se pertinere)*. Pero el *pertinere* se dirige a significar otras relaciones que la de propiedad; además, el usufructuario de cosa consumible, después del senadoconsulto, era propietario verdadero, aunque obligado personalmente a restituir el equivalente al heredero. Después del senadoconsulto, con la implícita obligación de devolver, pudo legarse el *abusus* en el sentido técnico que a la palabra atribuye ULPIANO en la l. 5, § I, D. *De usufr. ear. rer.*, VII, 5: uso con el que queda la cosa destruída.

(3) BÜRKEL *(Beiträge z. Lehre v. Niessbrauche*, I, § 4) intenta probar que la ley Papia Poppea, donde se autoriza al cónyuge sin hijos para dejar en usufructo al supérstite la tercera parte del patrimonio, presuponía la existencia del senadoconsulto; pero si antes de éste era posible el usufructo de todos los bienes y eficaz parcialmente, ¿por qué no había de ser posible y con eficacia semejante el usufructo de sólo una parte alícuota de aquéllos? En cambio, y según la opinión más extendida, es probable que tanto porque se multiplicaran estas disposiciones testamentarias de usufructo sobre partes alícuotas del haber hereditario, como por la importancia creciente de la riqueza mobiliaria, que en gran parte quedaba sustraída al verdadero usufructo, surgiese la necesidad de nuevas disposiciones.

ces la autoridad del Senado, y declaró válido y eficaz el legado de usufructo, cualquiera que fuese la naturaleza de los bienes que constituyeran el patrimonio. No es que con esta decisión se quisiera posibilitar lo que rechaza la naturaleza de las cosas (1); esto es, la constitución de un derecho real de goce, distinto de la propiedad, sobre aquellos bienes para los que la atribución de un disfrute implica necesariamente la de la propiedad; sino afirmar la posibilidad de que el concepto económico que inspira el usufructo se aplique a aquellos bienes sustraídos al derecho de usufructo antes. Y la figura jurídica que hubo de realizarlo fué la de atribuir el derecho de propiedad al llamado a disfrutar de la cosa, a reserva de la obligación de restituir su equivalente al llamado a la propiedad. Éste, al perder el objeto de la misma, pierde su derecho real, porque el derecho a la prestación de un equivalente sólo puede tener la consideración de un derecho de crédito; esta relación, modelada a imagen del usufructo, es la que en la doctrina tomó el nombre de *cuasiusufructo*.

§ 2. El usufructo sobre derechos.

SUMARIO: 5. Bienes incorporales. - 6. Usufructo sobre derechos. - 7. La categoría de los derechos sobre derechos. - 8. Concepto de la propiedad en el Código italiano. - 9. Derechos sobre derechos y derechos objeto de propiedad y de otros derechos en el Código italiano.

5. Como hemos visto anteriormente, las posibilidades de obtener una utilidad se aseguran mediante derechos distintos al de propiedad y que recaen sobre las cosas mismas que son objeto de él.

Esta posibilidad queda asegurada también en forma de *derechos personales*, es decir, de derechos que no implican una potestad continuada sobre partes del mundo exterior, sino una potestad sobre otras personas; la de obtener, mediante su actividad o su inacción, la satisfacción de una cierta necesidad. Como todos estos derechos no proporcionan una utilidad nueva para la economía social, tampoco todos ellos constituyen bienes; sin embargo, en los servicios, en los actos humanos merced a los que se realiza un desplazamiento de materia susceptible de satisfacer directa o indirec-

(1) GAYO, 2, § I, D *De us. ear. rer.*, VII, 5.

tamente una necesidad (1), puede descubrirse una categoría de bienes distinta y diversa de aquéllos a que comúnmente se da el nombre de *bienes*. Pero todos estos derechos reales y personales son, para la economía individual, verdaderos bienes cuando la utilidad que suministran posee un valor en cambio, esto es, cuando su utilidad no sea exclusiva con respecto al sujeto (personal), sino que sea susceptible de trasladarse a otro, y aquél tenga modo de cambiarla, cediéndola a un tercero y obteniendo con ello otra utilidad cualquiera.

Se ve clara, pues, la formación de una clase aparte, designada con el nombre de *bienes incorporales*, y constituída por aquellos derechos a obtener ciertos servicios, o sea a las prestaciones personales que rinden una utilidad sin incorporarse a un objeto material; pero también la contraposición con el derecho de propiedad explica que se haya dado aquel nombre a todos los demás derechos distintos de éste, aun cuando tengan una relación directa o indirecta con un objeto material. El concepto de *bienes* está integrado por varios elementos, entre los cuales se encuentra la *posibilidad de disponer:* una cosa no es *bien* para el que no puede disponer de ella en alguna forma. Esta posibilidad de disponer resulta de las diversas relaciones jurídicas que mediata o inmediatamente unen una cosa a una persona y que implican la facultad de recurrir al poder público para lograr, en mayor o menor grado, la efectividad de esta facultad de disposición; y según la forma de esta *disposición* que tenga una persona, puede decirse que tiene un *bien* distinto en la cosa. Pero la relación fundamental, a la que todas las demás relaciones posibles con la cosa quedan subordinadas, es el derecho de propiedad; sólo de la existencia de éste depende que para el propietario tenga la cosa la consideración de bien; el que la tenga para el usufructuario, el enfiteuta, el arrendatario, el mutuante, depende de que a la relación que une a la cosa con el propietario se superponga otro vínculo con ella. Esta relación, como el mismo derecho de propiedad que la origina, no constituye un *bien* distinto de la cosa sobre que recae; pero en esta relación de potestad, la cosa constituye, sí, un *bien* distinto, y esta cualidad se la da precisamente dicha relación, que no hace de ella una cualificación *objetiva*, ni se le incorpora. Por eso, la nota diferencial, la que sirve para denominarlos *bienes incorporales*, es este concepto de *bien*. O,

(1) Acerca de la materialidad de los servicios puede verse MAZZOLA, *I dati scientifici della finanza pubblica*, Ap.

dicho en otra forma, la existencia del derecho de propiedad no hace de la cosa un bien nuevo; cuando la propiedad no coincide con otros derechos sobre la cosa misma, no es posible distinguirla económicamente de su objeto; si se constituyen además otros derechos sobre la cosa, ésta puede ser, diversas veces, y con respecto a distintos individuos, un verdadero *bien*, como ocurre, por ejemplo, si a una persona corresponde el usufructo, y a otra persona corresponde el derecho a una prestación cuyo objeto es la propia cosa. De suerte que la existencia de esos nuevos bienes, en la esfera de las economías individuales, resulta como consecuencia de la constitución de aquellos derechos, que, a su vez, son, económicamente, distintos del objeto común sobre que recaen (1).

6. En los bienes incorporales se reproduce la relación económica que, respecto a los corporales, hemos visto traducirse en las formas jurídicas del usufructo y del cuasiusufructo. También aquéllos pueden servir de medio para proporcionar a persona distinta de su dueño una parte de la utilidad de que son susceptibles; y aquí también la ley asegura ese desdoblamiento de la función, por modo análogo a como hemos visto que tutela el derecho al goce de bienes corporales con respecto al derecho de propiedad. De igual suerte que al usufructuario de una cosa corporal se le atribuye la potestad de usar y disfrutar de ella por un cierto tiempo, siempre que la propiedad pueda reintegrarse cuando cesa aquél, así, el usufructuario de un derecho puede disfrutarlo y obtener de él la utilidad de

(1) Así se explica perfectamente que los romanos contrapusieran a la designación de «cosas incorporales» la de la propiedad como *corpus, res corporalis*, identificando ésta con el objeto. V. *Vat. fragm.*, § 92; § 13, J. *De adq. per adr.*, III, 10; MARCIANO, 8 pr. D. *Quib. mod. pign.*, XX, 6; ULPIANO, 3. pr. D. *De bon. poss.*, XLII, 1; 138, § 1, D. *De d. infect.*, XXXIX, 2; 2, § 3, D. *De prec.*, XLIII, 26. — Referida a la economía individual, la extensión del concepto de *bienes*, que es tradicional en jurisprudencia, escapa a la censura que muchos economistas dirigen al concepto de *bienes inmateriales;* cfr. FERRARA, en las *Introducciones* a STORCH, SAY y DUNOYER *(Bibl. dell'economista*, serie I, v. IV y VII; serie II, v. VII); PANTALEONI, *Man. d'economia politica pura*, p. I, c. IV, § 5. — BOEHM-BAWERK *(Rechte und Verhältnisse v. Standp. der volkswirtsch. Güterl.)* termina su fino análisis del contenido económico de los derechos diciendo que éstos no constituyen una categoría aparte de bienes, sino una manera de poner en contacto los bienes con la economía individual. No creo, por lo demás, que haya inconveniente alguno en conservar la nomenclatura tradicional, una vez aclarado su verdadero valor.

que sea susceptible, a condición de que conserve y restituya al titular, terminado que sea el usufructo, aquellos derechos que en esa época subsistan. Y a la manera como el usufructuario de una cosa material de utilidad simple, deviene propietario de ella, con la obligación de restituir su equivalente al extinguirse el usufructo, el usufructuario de un derecho que sólo pueda prestar utilidad en una ocasión, como, por ejemplo, el de un crédito sin interés, se coloca en el lugar del titular, obligándose a entregarle un equivalente al final del usufructo.

Aun después del senadoconsulto, que en términos generalísimos reconoció eficacia a las disposiciones creadoras de un usufructo de cualquiera clase, hubieron de vacilar mucho los jurisconsultos romanos antes de admitir esa ampliación del concepto de usufructo, aplicado originariamente sólo a las cosas materiales de utilidades reiteradas, y modelado como tipo de un derecho real sobre cosa ajena (1). Porque *a prima facie* parece, en efecto, incongruente esa figura jurídica de un derecho real, que tiene por objeto otro derecho, de índole personal acaso, y con eficacia tan sólo respecto a una persona determinada, cuando la característica del derecho real es el ser absoluto, *erga omnes;* pero esa incongruencia desaparece, si consideramos que este carácter absoluto no trasciende ni va más allá del derecho de usufructo y no influye sobre el derecho que es su objeto. Frente al derecho de crédito, sobre el que recae el usufructo, no hay sino la obligación de una persona determinada; pero como correlativa al derecho de usufructo, perdura una obligación general: la de abstenerse de realizar cualquier cosa que pueda impedir el ejercicio del derecho de crédito por parte del usufructuario; obligación que se concreta en el titular y en el poseedor del crédito, que han de dejar paso expedito al usufructuario; a la manera como se concreta en la persona del dueño y del poseedor de la cosa y a favor del usufructuario de ella la necesidad jurídica de ser excluídos de la posibilidad de disponer de la misma.

7. Los bienes incorporales son cosas materiales o servicios en relación de subordinados con una potestad distinta del derecho de propiedad; esta relación constituye la condición y el medio merced al cual puede obtenerse utilidad, y el usufructo sobre esta clase de bienes representa que en dicha relación de potestad se inserta otra relación de poder; que el medio que representan para alcanzar un

(1) NERVA, ap. ULPIANO, 3, D. *De us. ear. rer.*, VII, 5.

efecto útil deviene fin, fin intermedio respecto de otro, representado por el derecho de usufructo. Con el poder que éste le atribuye, el usufructuario no alcanza directamente un efecto útil, sino indirectamente, a través del usufructo y del poder preconstituído al usufructo. En estos últimos tiempos, la teoría ha vacilado acerca de la posibilidad de construir jurídicamente la relación de un derecho como objeto de otro derecho, y, en el caso presente, de un derecho que sea el objeto del usufructo; mas esto procede de un equívoco acerca del valor que se atribuye a la palabra *objeto*. Si por esta palabra entendemos aquel elemento sobre el que recae el señorío del sujeto, ni pueden ser objeto de derecho las cosas corporales ni las incorporales. El derecho es la potestad de que la ley dota al hombre; no es una relación, no es una posición que idealmente asuman las cosas respecto a los hombres, lo que pueda oponer resistencia a esta fuerza, ni tampoco pueden oponerla las cosas corporales, el mundo exterior; es muy otra que la social la fuerza que hay que emplear contra la oposición de la naturaleza. Sólo contra los hombres pueden esgrimirse, por tanto, las armas que el Derecho suministra, y únicamente la actividad de los demás hombres es el *objeto* del derecho, si con tal nombre se designa aquello que está subordinado al señorío del sujeto y que asegura la ley. El que una cosa material aparezca sometida al derecho de propiedad, no debe ser considerado como un efecto inmediato de tal derecho, sino más bien como un efecto reflejo; lo que la ley garantiza al propietario es únicamente que nadie usará y dispondrá de la cosa; que podrá excluir de usarla y de disponer de ella a los demás; pero no la sujeción de la cosa, si no es en cuanto resulte de la remoción de los dichos obstáculos e impedimentos provenientes de acto ajeno. Y lo mismo puede aplicarse a los restantes derechos sobre cosas materiales; la doble potestad que al sujeto se le asegura es la de remover las actividades ajenas, dirigidas a impedir que obtenga el titular las utilidades de la cosa que correspondan a la naturaleza respectiva de sus derechos; y, en segundo término, la de impedir que otros quieran aprovechar tales utilidades. Ampliando el significado de los términos, pueden llamarse las cosas *objeto del derecho* sólo en cuanto a ellas es referida la potestad que frente a los demás hombres compete al sujeto, o sea, en cuanto el contenido de este poder es el impedir la actividad de los demás hombres sobre la cosa.

Y en este sentido pueden perfectamente ser también los derechos objeto de otros derechos. La injusticia que se comete impidiendo el uso de la cosa al propietario de ella, o al titular de otro derecho

sobre una cosa material, corresponde exactamente con la violación que se hace del derecho-objeto; a la injusticia que se cometería pretendiendo usar de la cosa que a uno no le pertenece, corresponde el ejercicio por quien no es su titular del derecho-objeto. La potestad correspondiente al titular de un derecho sobre otro derecho consiste en impedir que la actividad ajena obre, violando o ejercitando el derecho-objeto. El acreedor prendario de un crédito impide que el titular de este último intente cobrar sin que antes lo haya hecho él; de igual manera, el usufructuario de un crédito impide que, durante este usufructo, el crédito sirva a otra persona de instrumento para obtener un beneficio cualquiera. Además, los dos, con exigir del deudor la prestación debida, pueden impedir la violación del derecho de crédito, la frustración del derecho que les está reconocido.

El usufructuario de un derecho de enfiteusis impide al enfiteuta el ejercicio de sus derechos; al señor directo, y a los terceros, la posesión y el disfrute del fundo, que constituirían una violación de aquel otro derecho. Cuando el derecho objeto del usufructo sea un derecho real, que tenga a su vez por objeto una cosa corporal, el resultado económico consiste en posibilitar al usufructuario el goce de la cosa; claro que entonces ésta es la que él disfruta: la que sirve de medio para su satisfacción, y no la relación de potestad con otro en que se encuentra la cosa; pero ni ella ni la relación de potestad ajena son el elemento a que se dirige el señorío que le asegura la ley. Por otra parte, esta facultad para impedir acto ajeno no se puede dirigir contra una actividad cualquiera de las que quepa ejercitar sobre la cosa, sino solamente contra aquella especial actividad que en su daño pueda conducir a alterar la relación de potestad preconstituída sobre la cosa o el vínculo de señorío en que consiste el contenido del usufructo; sólo procede, en síntesis, contra aquellas actuaciones que modifiquen en su mantenimiento o en su atribución el derecho-objeto (1)

(1) La idea del derecho subjetivo y del objeto del derecho que constituye el punto de partida de lo expuesto anteriormente, es en síntesis la de THON, *Rechtsnorm und Subjektiv. Recht* (v. especialmente págs. 218, 223, 228 y siguientes). Cfr. también SCHLOSSMANN, *d. Vertrag*, §§ 22-23; LENEL, *Ursprung u. Wesen d. Exceptionen*, págs. 1-14. OERTMANN, *d. Dinglichkeitsbegriff*, en el *Jahrb. f. Dogmat.*, t. XXXI, págs. 415 y siguientes; pero me aparto de estos escritores, aplicándola a las cosas incorporales. En contra del reconocimiento de una categoría de derechos sobre derechos, véase especial-

8. En el ordenamiento de nuestro Código, tachado con harta ligereza de falta de criterio sistemático, tiene una solemne consagración la categoría de los derechos sobre derechos; no desconoce aquél en el fondo la distinción en derechos *reales* y *personales*,

---

mente EXNER, *Kritik d. Pfandrechtsbegriffs*, págs. 11 y siguientes, a quien sigue casi completamente HANAUSEK, *d. Lehre v. uneigentlichen Niessbrauche*, §§ 7-9; además, véanse también los demás autores citados, no todos con exactitud, por HANAUSEK, y KOHLER, *Pfandrechtliche Forschungen*, § 4. EXNER ha sido combatido por GUGINO, *Concetto del diritto di pegno*, que aplica las teorías corrientes del derecho subjetivo y objeto del derecho. La posibilidad lógica y jurídica de la existencia de derechos sobre derechos, aunque con criterios varios, es sostenida, entre otros, por NEUNER, *Wesen u. Arten d. Privatrechtsverhaltn.*, § 9; SOHM, *die Lehre vom Subpignus*, II; BREMER, *d. Pfandrecht u. d. Pfandobjecte*, I, B. 2; WITTELSHOFER, *d. Pfandrecht an einer Forderung*. BÜRKEL, *Beiträge z. Lehre v. Niessbr.*, I, § 3, reconoce que puede constituirse prenda sobre un derecho, porque la esencia de aquélla consiste en la facultad de enajenar; en cambio, como en el usufructo de un derecho la esencia de aquél consiste en la facultad de goce, entiende que aquí el objeto del usufructo coincide con el objeto del derecho usufructuado. La refutación de esta distinción está implícita en lo expuesto en el texto acerca del significado de *objeto del derecho*. GABBA (*Teoria della retroattività delle leggi*, p. III, cap. IX, § 1) también opina, aunque no lo prueba, que la distinción de derechos reales es debida por definición a que tienen por objeto una cosa material. Pero por razón del lugar en que se encuentra este aserto, parece que con él lo que se propone es negar la realidad de los derechos de autor e inventor, de lo que se hablará más adelante. Los comentaristas del Código italiano y del francés se contentan con una definición verbalista cualquiera de los bienes incorporales, y salen del paso con hacer de las *res quæ non sunt, sed intelliguntur*, el objeto del derecho entendido como facultad de goce (a).

(a) [La actual fase de la doctrina científica no es, por lo general, muy favorable a la aceptación de la teoría de los derechos sobre derechos, defendida por VENEZIAN. FERRARA la somete a una crítica luminosa (en su monografía *L'usufrutto di crediti*, Turín, 1905, y en su *Trattato di dir. civ. ital.*, t. I, págs. 412 y siguientes), y llega a la conclusión de que no se trata de tales derechos sobre derechos, sino de derechos *derivados*, que nacen de un derecho originario. «Sobre la base — dice — de un derecho más amplio, puede ser constituído un derecho de contenido menor y atribuído a una persona... El derecho derivado es un derecho más restringido que el progenitor; un derecho *nuevo*, de *segundo orden*, igual en la forma, pero cualitativamente diverso, y que tiene necesariamente idéntico objeto que el derecho que lo ha procreado». En nuestra patria, la generalidad de los autores son también contrarios a la existencia de derechos sobre derechos. Para DE DIEGO, tales derechos, en rigor, caen y versan sobre la cosa que ya es objeto de un derecho más extenso, e implican una participación o colaboración que el sujeto presta a otros sujetos, constituyendo a su favor un cierto derecho comprendido dentro del suyo (*Curso*, t. II, pág. 550). A juicio de SANCHEZ ROMAN, aunque el objeto *inmediato* del derecho real de subhipoteca es el derecho real de hipoteca, en definitiva recae en el objeto de éste, que es la cosa hipotecada (*Estudios de der. civ.*, t. III, pág. 6 nota).]

aunque en dos lugares de él solamente se emplee la expresión de *derecho real;* en el artículo 1.964, en que define la hipoteca, y en el 2.137, que regula la usucapión decenal; en el 710 y epígrafe del libro III habla de *derechos sobre cosas;* también en el artículo 2.135, y con motivo de la prescripción extintiva, habla de *acciones personales y reales*, calificación que repite en varios lugares el Código de procedimiento (artículos 70, 90, 91, 92, 93, 198 y 200), donde también encontramos la de *derecho real* (artículos 647 y 699) (a). Pero no hace de esta distinción el punto de referencia de la distribución que realiza de las normas atinentes a la actividad económica individual. Nuestro Código parte de un concepto amplísimo del derecho de propiedad; su objeto comprende tanto los bienes corporales como cualquiera clase de derechos cuyo contenido dé por resultado una utilidad económica permutable. Designar al acreedor con el calificativo de *propietario del crédito,* no quiere decir ciertamente que la potestad que se le asegura sea idéntica a la del propietario de una cosa material; pero tampoco se quiere diluir con un juego de palabras la nota que lleva expresa el término *acreedor.* Al decir que el acreedor es propietario del crédito, no incurrimos en una tautalogía, sino que afirmamos una cualidad de la persona que no está implícita en el nombre de *acreedor;* el ser acreedor significa que puede exigir una prestación de una cierta persona; tener la propiedad del crédito significa que puede disponer de esa potestad, y que se le asigna su pertenencia más allá de su vida, de suerte que quepa trasmitirla a quien él mismo o la ley llamen a sucederle.

Si analizamos en sus elementos cualquier potestad a que se dé el nombre de *propiedad de un derecho,* encontraremos que la constituyen dos formas distintas de poder, protegidas por la ley en forma diversa y subordinada la una a la otra. La propiedad de las cosas corporales se halla, con respecto a aquel más amplio concepto de la propiedad, como la especie con relación al género; pero la inconsciente filosofía del lenguaje, antes de que precisen el concepto la ciencia o la ley, asigna a la especie el nombre que corresponde al género, para indicar así que la nota diferencial de esta especie con-

(a) [El Código Civil español no contiene una doctrina sistemática acerca de los derechos reales, aunque alude a los *derechos reales sobre bienes inmuebles* en los artículos 334, núm. 10; 1.280, núm. 1.º; 1.957, 1.959, 1.874 y 1.923, y a los *derechos reales* en general, en los artículos 405, 384, 1.095, 1.930 y 1.940. De *derechos sobre los bienes* habla en el artículo 609, y de *acciones reales,* en los artículos 1.962 y 1.963.]

siste en la ausencia de aquellas notas mediante las que en la otra especie está restringido el contenido económico de las comunes notas genéricas (a). La nota común a la propiedad del fundo y a la propiedad del derecho de enfiteusis consiste en que uno y otro dueño pueden impedir una actividad ajena que contradiga la facultad que gozan, para disponer en vida y para después de su muerte: el primero, del propio fundo, ilimitada e incondicionalmente; el segundo, de su derecho de enfiteusis, o sea del fundo en aquella limitada relación de potestad que en ciertas condiciones le permite obtener utilidad de la finca. La nota específica de la propiedad del derecho enfitéutico nos la da el contenido del derecho-objeto, que comprende una forma condicionada y, por tanto, una limitación del poder de disponer; la nota específica de la propiedad de un fundo nos la da la ausencia de esta limitación en el objeto sobre el que recae el poder de disposición.

9. Frente a este derecho de propiedad, que sintetiza *la relación perpetua o temporalmente ilimitada de las personas con las cosas y con los derechos*, se encuentran el derecho de usufructo y el derecho de garantía (si queremos comprender bajo esta común denominación el de prenda y el de hipoteca). El derecho de usufructo, que constituye una antítesis rotunda con el de propiedad, comprende la relación vitalicia o temporalmente limitada entre las personas y las cosas o los derechos. El de garantía comprende la relación eventual de la persona con las cosas y con los derechos; esto es, una especie de pertenencia, mediante la cual, y en determinadas hipótesis, se da al sujeto la posibilidad de ser satisfecho con la cosa o con los derechos correspondientes a ella. La existencia de derechos de usufructo o de garantía que tengan por objeto otros dere-

---

(a) [La concepción amplísima que de la propiedad esboza aquí el autor, no es tampoco la corriente en la actual doctrina científica. Lo general es limitar el concepto de la propiedad a las cosas corporales, entendiendo que dicha palabra, aplicada a las cosas incorporales, no tiene más que un significado general de *pertenencia* o *dependencia* (DUSI), y que las propiedades incorporales, de que se habla a veces en el lenguaje corriente y aun en el de las leyes, son una verdadera *metáfora* (COLIN y CAPITANT). No obstante, PLANIOL y RIPERT creen que es demasiado estrecha nuestra concepción del derecho de propiedad, y que no hay razón para negar la existencia de propiedad sobre bienes incorporales y admitir el usufructo sobre los mismos. (*Traité pratique de droit civ.*. t. III, pág. 714).]

chos, en el sentido antes expuesto, aparece todavía más evidente cuando se advierte que también los derechos son, en realidad, el objeto del derecho de propiedad; así queda encuadrada en un sistema perfectamente armónico la teoría de los derechos sobre derechos. Ni el derecho de usufructo ni los de garantía tienen un resultado económico inferior al del *derecho* sobre el cual recaen, sino inferior al resultado del *derecho de propiedad* sobre el derecho que es objeto del usufructo.

Los derechos de usufructo y de garantía se pueden considerar como *objetos del derecho de propiedad,* aun cuando la relación en que está el mismo usufructo, cuando es objeto del derecho de propiedad, se halle en pugna con la relación que hay entre el usufructo y su propio objeto. La duración fundamentalmente limitada del usufructo no es un obstáculo para ello; como no es incongruente la constitución del derecho de propiedad sobre un derecho de crédito porque nazca éste de una relación destinada a desaparecer en tiempo más o menos breve; también se extingue por perecimiento de la cosa el derecho de propiedad sobre ella; con la extinción del usufructo concluye necesariamente el derecho de propiedad que tiene por objeto a éste, aun cuando la potestad derivada de la pertenencia del usufructo debe declararse eficaz indefinidamente en el tiempo. Esto es, que el derecho de propiedad no es en realidad perpetuo, sino ilimitado en cuanto al tiempo; lo que quiere decir que ninguna limitación de fecha restringe el vínculo que une al sujeto de la propiedad con el objeto de ella; y que la duración efectiva del derecho de propiedad queda subordinada a la que alcance su objeto. Claramente se ve la importancia de esta distinción, si la persona por la cual se constituye el derecho-objeto es distinta de aquella a quien el derecho-objeto pertenece, cuando el propietario del crédito es persona distinta de aquella que ha contraído el vínculo obligatorio (así puede ocurrir en el Derecho vigente) o en donde el propietario del usufructo no es el sujeto a cuyo favor se ha constituído éste, sino un cesionario de ese derecho; cosa posible asimismo para la doctrina corriente. Desde su nacimiento, la duración del usufructo es limitada, sea cierta o incierta la fecha de su extinción; pero puede durar más que la vida del cesionario la potestad que en él tiene éste.

Los textos en que se apoya cuanto acabamos de exponer son, preferentemente, los artículos 406, 415 y 418. El primero divide las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada en bienes muebles e inmuebles; los segundos incluyen entre los mue-

bles e inmuebles derechos reales y personales; el artículo 444 atribuye al propietario de la cosa los frutos civiles que ésta produzca, y al incluir entre los frutos civiles los intereses del principal, reconoce la propiedad del capital fructífero; esto es, la propiedad del derecho a obtener una cantidad (a). El 478 declara que el usufructo puede constituirse sobre cualquiera clase de bienes, muebles o inmuebles, y, por lo tanto, también sobre los derechos enumerados en los precedentes artículos 415 y 418 (b); el 482 (c) se ocupa expresamente del usufructo de la renta vitalicia; el 498 presupone el usufructo sobre títulos al portador, y el artículo 477, al definir, en general, el usufructo como el derecho de disfrutar una cosa de que es otro el propietario, implica necesariamente que existe un derecho de propiedad sobre todos estos objetos de usufructo; esto, aparte de que el artículo 415 (d) enumera entre los bienes inmuebles y, por tanto, entre las cosas que pueden ser objeto de propiedad, el mismo usufructo de bienes raíces. Según el artículo 685 (e), la posesión que tenga por objeto un derecho, conforme al 687 se presume en concepto de dueño; con lo que de nuevo se da por supuesta la propiedad del derecho. El 1.538 habla expresamente de la propiedad de un crédito, de un derecho o de una acción. Por el artículo 1.881 (f), el derecho de garantía designado con la denominación de prenda puede recaer sobre créditos, y, a su vez, el indicado con el nombre de hipoteca (g), a tenor del 1.967, es susceptible de recaer sobre otros derechos. Relacionando este precepto, que enumera distintos derechos como posibles objetos de hipoteca con el número 1 del 1.314 y del 1.932 del propio cuerpo legal, que se ocupan de la transmisión de la propiedad de aquellos bienes aptos

(a) [Los citados artículos del Código italiano concuerdan, en lo esencial, con los 333, 334, 336 y 355 del Código español.]

(b) [El art. 469 del Cód. esp. permite constituir el usufructo sobre un derecho, siempre que no sea éste personalísimo e intransmisible.]

(c) [Art. 475 del C. c. esp.]

(d) [V. art. 334, núm. 10 del C. esp.]

(e) [Artículos 430 y siguientes del C. esp.]

(f) El art. 1.864 del C. c. esp. autoriza para dar en prenda todas las cosas muebles que estén en el comercio, con tal de que sean susceptibles de posesión.]

(g) [El C. c. esp., art. 1.874, admite que puedan ser objeto de hipoteca, a más de los inmuebles, los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase. Desarrollan este precepto los artículos 107 y 108 de la L. Hip.]

para dar base a una hipoteca, encontraremos una vez más confirmado el concepto de *propiedad de los derechos* (1).

§ 3. Idea general del usufructo en el Código italiano.

Sumario: 10. Extensión objetiva del usufructo. - 11. Realidad del usufructo. 12. Sus límites en cuanto al tiempo y en cuanto al disfrute por el usufructuario. - 13. Obligaciones del usufructuario. - 14. El usufructo en el patrimonio del usufructuario. - 15. Funciones del usufructo.

10. Al reconocer la jurisprudencia romana el usufructo sobre créditos, posibilitó teóricamente su ampliación a los demás derechos patrimoniales; pero hubo de preferir a la construcción de un usufructo cuyo objeto fueran los derechos de superficie o de enfiteusis, la de un usufructo sobre el fundo, constituído por el enfiteuta o el superficiario, dentro de la limitación de tiempo correspondien-

(1) Sobre el concepto de *propiedad de créditos*, consúltese Mirabelli, *Del diritto dei terzi*, t. I, mon. VII. En el edificio, más simétrico que sólido, de la doctrina romanista moderna, artificiosamente se deja en sombras la subordinación del concepto de propiedad como *señorío en cosa corporal*, al concepto de propiedad como *pertenencia temporalmente ilimitada de cosas o derechos*. Este concepto más amplio de la propiedad no fué ciertamente desconocido de la jurisprudencia romana; aun cuando no tuviese el alcance que en el Derecho moderno, por la imposibilidad de aplicarlo a los derechos de obligación hasta que se salvase la etapa en que estos últimos iban indisolublemente unidos a la persona que entró en relación con el obligado. En apoyo de este aserto me limitaré a recordar el uso que se hace en las fuentes de las palabras *dominus, dominium; dominium proprietatis* (Paulo, 18, § 2, D. *De dol. mal.*, IV, 3; Ulpiano, 15, § 6, D. *De usufr.*, VII, 1; Juliano, 17, D. *Quib. mod. us.*, VII, 4; Pomponio, 16, § 1, D. *De usu et h.*, VII, 8; Paulo, 12, D. *Ad leg. Aquil.*, IX, 2); *dominium ususfructus* (Juliano, 3, D. *Si usufr.*, VII, 6); *dominium servitutis* (Ulpiano, 15, § 8, D. *Quod vi aut. cl.*, XLIII, 24); *dominium hereditatis* (Marciano, 49, pr. *De hered. instit.*, XXVIII, 5); *universum dominium* por patrimonio (Paulo, 70, D. *De verb. signific.*, L, 16); frases que, naturalmente, califican de impropias, y sin un significado preciso, la mayor parte de los pandectistas. De los textos citados pudiera inducirse que en el vocabulario de los jurisconsultos romanos la palabra *dominium* correspondía al concepto más amplio de propiedad, y que *proprietas* respondía al más restringido. Sin embargo, hay un lugar, por lo menos, en que encontramos usada la palabra *proprietas* en el sentido más amplio; Ulpiano habla de una *proprietas* de las *operæ officiales* de los libertos (l. 9, § 3, D. *De oper.*

te a sus respectivos derechos (1). En el Derecho moderno termina el desenvolvimiento iniciado entonces y es admitida la ampliación objetiva del usufructo a toda clase de derechos patrimoniales.

Y aún hay más: en nuestro Código, respondiendo a aquella necesidad de unidad y sencillez peculiares a las legislaciones que están llamadas a regular relaciones más complejas, la figura jurídica del usufructo ha absorbido la del cuasi-usufructo. Aun cuando la definición que el artículo 477 da del derecho de usufructo, parece que atañe sólo a los bienes que prestan repetida utilidad (puesto que, al reconocer al usufructuario el derecho de disfrutar, le impone la obligación de conservar en su forma y materia la sustancia de la cosa), el 478 no distingue entre los bienes, y los declara a todos aptos para el usufructo, y el artículo 483 (a), norma expresamente aquellos constituídos sobre bienes de utilidad simple, o sea aquellos bienes cuya utilidad se agota con el uso que haga de ellos la persona en sólo una vez. El derecho al disfrute de estos bienes implica la atribución de su propiedad al usufructuario; la obligación de conservar la sustancia es la forma con que se expresa la obligación de restituir al propietario su valor.

Ampliado de esta suerte el contenido posible del derecho de usufructo, por la extensión objetiva de éste, resulta que en tal forma, diversa de lo que fué originariamente, y que como normal hoy subsiste, el usufructo recae también sobre aquellos bienes de utilidad reiterada, que no son estimados por sus cualidades individuales, sino por el hecho de pertenecer a una cierta clase de ellos, y que se reputan, por consiguiente, aptos para ser sustituídos unos por otros indistintamente. O, para emplear el vocabulario académico, se lleva el cuasiusufructo de las cosas que se consumen con el uso a la amplia clase de las cosas fungibles. Y por eso, y merced a la interpretación dada por la ley misma (art. 514) del título constitutivo del usufructo, no quedan en el dominio del propietario los animales adscritos al servicio de un fundo; los hace suyos el usu-

---

libert., XXXVIII, 1). Un intento notable de generalización del concepto de propiedad acaba de hacerlo PFLÜGER, *Ueber d. Begriff d. Eigenthums*, en el *Arch. f. Civil. Prax.*, t. LXXVIII, pág. 389, aunque me aparto de él, porque, luego de haber demostrado la oposición existente entre propiedad y usufructo, no cree que el usufructo pueda ser objeto de propiedad.

(1) ULPIANO, 1, pr. D. *Quibus mod. usufr.*, VII, 4, 1; § 6, D. *De superf.*, XLIII, 18; cfr. BÜRKEL, *Beiträge*, cit., I, § 8.

(a) [Cfr. art. 482 del Cód. esp.]

fructuario, si bien queda obligado, al terminar el usufructo, a restituir otros tantos o satisfacer el importe de su tasación. Dentro de la nominal unidad del usufructo, necesariamente resurge la diversidad de contenidos, según que entrañe o no la propiedad de su objeto, o que aquellos derechos dominicales, limitados por el usufructo, se transformen en un derecho personal a obtener tan sólo el valor del objeto o continúen implicando un derecho real de propiedad. Esta distinción en el contenido del usufructo domina y comprende a cuantas puedan formarse por la varia naturaleza de los objetos sobre los que pueda constituirse; como las cosas corporales, los derechos pueden reputarse bienes de utilidad simple, o ser valorados en su genérica utilidad, y asignar al usufructuario la propiedad de ellos, con la obligación de restituir su equivalente.

11. Esta distinción, a su vez, está dominada por aquel principio, que constituye, en realidad, la médula del usufructo; esto es, que el usufructuario posee facultades, no contra determinada persona, sino contra todas ellas, para que no se impida durante el usufructo la obtención de las utilidades que deba procurar la cosa o el derecho sobre que aquél recae. En este derecho del usufructuario no pueden influir las modificaciones que sufran las relaciones jurídicas de pertenencia de la cosa que es su objeto (cfr. Código procesal civil, art. 669); y a su derecho de disfrute o goce no hay obligación correlativa de hacer disfrutar, como la que incumbe al arrendador respecto del arrendatario; el artículo 477 (a) lo considera un derecho absoluto, y por eso el usufructuario puede ir directamente contra el que perturbe su goce. En cambio, no puede exigir de terceras personas prestación alguna enderezada a asegurar este disfrute; tiene que satisfacerse con tomar la cosa tal cual la halle (art. 496); ni su derecho le autoriza a reclamar nada que le compense, si este disfrute es menor de lo dispuesto o si disminuye la aptitud de la cosa para proporcionarlo; mas como disfruta de los aumentos naturales que experimente la cosa, y adquiere la propiedad de los frutos separados (art. 480), también sufre el daño consiguiente al deterioro de ella (artículos 519 y 520) y se extingue ese derecho cuando totalmente perece la cosa (art. 515).

Claro que las consecuencias prácticas de estos principios pueden modificarse en virtud de los pactos que establezcan propietario y

(a) [Cfr. art. 467 del Cód. esp.]

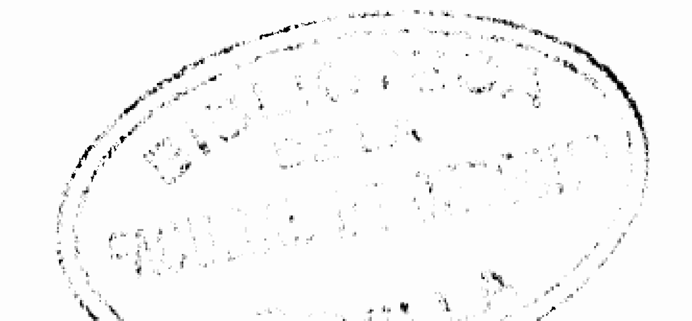
usufructuario al constituir el usufructo, y así como pueden ser limitados los derechos del usufructuario, de igual suerte, y como cualquier otro enajenante, puede obligarse el que constituye a título oneroso un usufructo, a asegurar la posesión pacífica de su disfrute y a subsanar los daños que el usufructuario pueda sufrir por vicios o defectos de la cosa. Hay que distinguir con precisión los varios efectos posibles del acto o contrato en que se constituye el usufructo, y consiguientes obligaciones que en él se impongan al usufructuario, de aquellas otras que, aunque traigan causa de dicho negocio jurídico, no reconocen otro origen exclusivo, sin embargo, que el derecho de usufructo mismo. Estas dependen del derecho de usufructo, pero no éste de ellas; al revés de lo que ocurre, por ejemplo, con las obligaciones del arrendatario, que dependen de sus derechos tanto como éstos de aquéllas. Por eso, el usufructuario, aun contra la voluntad del propietario, puede renunciar a su derecho de usufructo (núm. 3, art. 1.314) (a).

Al usufructuario no puede constreñírsele a que reciba un equivalente de la utilidad que pudiera extraer de la cosa, ni a permitir que ésta o el derecho sobre que recae el usufructo sirva a otra persona, aunque se le entreguen después las utilidades obtenidas, sino que puede pretender que se le posesione de dichas cosas o derechos, para hacerlos servir a sus fines con su actividad propia. Únicamente en caso de que el usufructo resulte incompatible con la propiedad, bien porque se omitan las garantías que a favor del propietario imponen la ley o el título constitutivo, o bien porque el usufructuario abuse de su derecho, puede privársele de administrar la cosa y encomendársela a otro (artículos 498, 499 y 516) (b).

12. Mediante límites de tiempo rigurosamente fijados al usufructo, queda mantenida la compatibilidad de éste con la propiedad. Así, por ejemplo, se extingue siempre aquél con la muerte del usufructuario (art. 515) (c); constituído a favor de las personas morales, no puede exceder de treinta años (art. 518) (d), y es nula la constitución del mismo a favor de varias personas llamadas sucesi-

---

(a) [Cfr. art. 513, núm. 4.° del Cód. esp.]
(b) [Cfr. art. 494 y 520 Cód. esp.]
(c) [Cfr. art. 513 Cód. esp.]
(d) [Art. 515 Cód. esp.]



vamente (art. 901) (a). La liberación de esta carga para la propiedad se facilita con el precepto que autoriza su extinción, antes de expirar su término, si el usufructuario deja transcurrir treinta años sin hacer uso de su derecho (art. 515) (b).

No fija la ley el contenido de este derecho en una forma *positiva;* no le señala, como respecto a las servidumbres, por ejemplo, qué facultades posee su titular, sino que de un modo análogo a lo que hace con la propiedad, de que es el usufructo una perfecta contrafigura, señala negativamente los términos en que debe encerrarse el goce del usufructuario. Con las limitaciones impuestas al derecho de propiedad por los derechos que el poder público reconoce a los ciudadanos (art. 436) (c), corren parejas las limitaciones que halla en el derecho mismo de propiedad, cuyo objeto ha de quedar, cuando el usufructo se extinga, en las condiciones en que estuviera aquél al empezar dicho usufructo.

Dentro de estas limitaciones puede el usufructuario usar y disfrutar de las cosas usufructuadas en cualquier forma, y las disposiciones especiales que le asignan todos los frutos y productos de ellas (artículos 479, 482, 485, 486, 489 y 494)) (d), el ejercicio de cuantos derechos pudiera disfrutar el propietario (art. 494) (e), la facultad de mejorar la cosa usufructuada (art. 495) (f), no son más que deducción lógica del principio establecido en el artículo 477, que asimila este disfrute al del propietario, salvo la obligación de conservar la sustancia de la cosa. Otro corolario del principio fundamental contenido en el artículo que acabamos de citar es la posibilidad de disfrutar por medio de otra persona de la cosa usufructuada, o sea la facultad de transmitir el ejercicio de su derecho (artículo 492) (g). Nuestro Código facilita el disfrute indirecto al reconocer en ciertas condiciones la eficacia del arrendamiento de inmuebles usufructuados más allá del término del usufructo, porque a veces en beneficio de la cosa, y aun en el mismo interés del propie-

(a) [El Código español admite el usufructo sucesivo (art. 469); pero le impone las limitaciones propias de las sustituciones fideicomisarias (art. 787 en relación con el 781).]

(b) [Cfr. art. 513, núm. 7, en relación con los artículos 1.962 y 1.963 del Cód. esp.]

(c) [Art. 348 del Cód. esp.]

(d) [Arts. 471 y siguientes del Cód. esp.]

(e) [Cfr. art. 479 del Cód. esp.]

(f) [Art. 487 del Cód. esp.]

(g) [Cfr. art. 480 del Cód. esp.]

tario, aquélla debe ser trabajada por personas idóneas (art. 493) (a).

Como acabamos de decir, la obligación de conservar la sustancia de la cosa redúcese a que el usufructuario deba devolver el valor de ella al dueño cuando aquélla sea de tal naturaleza que para asegurarle la amplitud de su disfrute convenga atribuirle la propiedad de la misma (artículos 483 y 514) (b), y aun hay otra modificación en cuanto que el alterarse la sustancia es una consecuencia inevitable del goce, como ocurre con los bienes muebles que se deterioran fácilmente (art. 484) (c), o con los animales (art. 512); ello recibe una regulación especial cuando se trata de usufructo de montes y de árboles (artículos 485 a 491) (d), de minas (artículo 494) (e), de ganados (art. 513) (f) y de rentas vitalicias (artículo 482) (g).

13. De igual suerte que para asegurar la reincorporación al derecho de propiedad hay límites — obligaciones negativas —, en el disfrute del usufructuario, así en interés del propietario mismo, se le imponen también a aquél obligaciones positivas, como son: atender a la guarda y conservación de la cosa (h), vigilar para que no sean menoscabados los derechos del propietario (art. 511) (i), contribuir a los gastos que exija la conservación de la cosa (artículos 501 a 505) (j) y sostener las cargas inherentes al goce (artículos 506 a 510) (k). El inventario o la descripción de los objetos sobre que recae el usufructo, que formaliza o exige el propietario antes de comenzar aquél (art. 496) (l), es el elemento de juicio indispensable para apreciar la responsabilidad en que el usufructuario pueda incurrir por infracción de estas obligaciones, y la fianza, que asimismo

(a) [V. el mismo art. 480, al final, del Cód. esp.]

(b) [Art. 482 del Cód. esp.]

(c) [Art. 481 del Cód. esp.]

(d) [Artículos 483 a 485 del Cód. esp.]

(e) [El Código español no equipara tan claramente como lo hacen el francés y el italiano el usufructo de las minas al de las cosas consumibles. Véase más adelante nuestra nota al núm. 24.]

(f) [Art. 499 del Cód. esp.]

(g) [Art. 475 del Cód. esp.]

(h) [Art. 497 del Cód. esp.]

(i) [Art. 511 del Cód. esp.]

(j) [Artículos 500 al 502 del Cód. esp.]

(k) [Artículos 504 y 505 del Cód. esp.]

(l) [Art. 491 del Cód. esp.]

debe normalmente prestar (artículos 497 a 499) (a), asegura al propietario en forma preventiva contra los daños que tal infracción pueda causarle.

Para los abusos que el usufructuario pudiera cometer, y cuando no exista otro medio de esquivarlos, la ley crea una grave sanción al reconocer al propietario el derecho a exigir la terminación del usufructo (art. 516) (b).

14. Una vez constituído el usufructo, representa una propiedad nueva, que entra a aumentar el patrimonio del usufructuario y de la que éste puede disponer, si la ley expresamente no lo prohibe. De la doctrina corriente, cuya exactitud demostraré más adelante, se desprende que el usufructuario puede transmitir su derecho, o sea hacer subentrar en la propiedad del usufructo a otra persona, sin que por ello deje de estar ligada con él mismo la suerte de este derecho y su extinción eventual. Esta doctrina se discute, aunque puede apoyarse en textos legales relacionando los artículos 1.314 núm. 1, 1.392 núm. 1, 1.967 núm. 2 y 1.413 (c); lo que sí se admite sin discusión es que no es opuesta a ella la autoridad tradicional del Derecho romano; que el usufructuario puede disponer de cualquier modo de su derecho, y que el usufructo forma parte de las garantías que constituye para los acreedores el patrimonio del deudor (comp. el citado art. 1.967 con el 663 del Código de procedimiento civil).

15. Aún hemos de indicar aquí otra característica del usufructo. La constitución de éste implica una limitación efectiva del derecho que forma su contenido; en efecto, éste disminuye en un tanto igual a la extensión que recibe el del usufructuario; la compatibilidad del usufructo con la propiedad sobre la que se constituye exige que ésta subsista, siendo *cualitativamente* la misma y sea susceptible de recobrar su integridad consolidándose; pero también implica necesariamente que dicha propiedad tenga una disminución de valor, y, por tanto, sea distinta *cuantitativamente* de la no

(a) [Arts. 491 y siguientes del Cód. esp.]

(b) [En el Código español, el mal uso de la cosa usufructuada no produce la extinción del usufructo, y sí sólo las consecuencias menos graves que señala el art. 520.]

(c) [En el Código español, art. 480, la transmisibilidad del derecho de usufructo aparece reconocida con más claridad que en el italiano.]

gravada con usufructo. Por otra parte, la posibilidad de constitución del usufructo implica una ampliación potencial del derecho que posee el constituyente, quien así adquiere la facultad de disponer en un doble modo al conceder a uno el disfrute, reservándose la nuda propiedad o conceder a otro esta última. Y aun en nuestro Derecho, el usufructo no realiza sólo esta función: junto al usufructo constituído por el propietario, existe el legal (art. 478) por cuya mediación el Código procura a los padres una libertad, sin responsabilidad, en punto a la administración del caudal de los hijos (art. 478) (a), o bien hace que participe el cónyuge superviviente en el patrimonio del premuerto, sin perjuicio de los consanguíneos de éste (artículos 753, 812-814) (b); o bien contribuye a aminorar las consecuencias de la abolición de ciertos derechos existentes a la promulgación de nuestro Código (art. 24 de las Disposiciones trans.).

§ 4. Legislación comparada.

Sumario: 16. Extensión objetiva del usufructo. - 17. *Realidad* del usufructo. - 18. Usufructo limitado temporalmente; usufructo sucesivo propio e impropio. - 19. Usufructo a favor de personas morales. Extinción, por desuso, del usufructo. - 20. Limitaciones de las facultades de goce del usufructuario. - 21. Mejoras del usufructuario. - 22. Derechos del propietario durante el usufructo. - 23. Disfrute mediato. - 24. Aplicación a ciertas cosas especiales objeto de usufructo. - 25. Modificaciones convencionales del contenido del usufructo. - 26. Obligaciones del usufructuario: de custodiar la cosa y de contribuir a los gastos de su conservación. - 27. De levantar las cargas inherentes al disfrute. - 28. De inventario. - 29. De afianzar. Efectos del abuso por parte del usufructuario. - 30. Obligaciones del dueño para con el usufructuario. - 31. El usufructo en el patrimonio del usufructuario. - 32. Fuentes del usufructo. - 33. La tenencia vitalicia y el fideicomiso comercial del Derecho inglés. - 34. Analogías y diferencias entre el propietario vitalicio y el usufructuario. - 35. La propiedad útil y el usufructo en el Derecho ruso.

16. Si examinamos rápidamente las principales legislaciones hoy en vigor, hallaremos en todas partes esta institución del usufructo. La comparación que me propongo hacer se refiere tan sólo a los rasgos que como característicos he señalado al dar una idea

(a) [V. arts. 160 y sigs. del Cód. esp.]

(b) [Arts. 834 y sigs. del Cód. esp.]

general del usufructo en el Derecho italiano; no voy, pues, a detenerme ahora en cada disposición especial de las leyes extranjeras, que solamente citaré para deducir las analogías o discrepancias de ellas respecto a las aludidas notas fundamentales, prescindiendo de ocuparme de otras particularidades que puedan contener; no cabe hacer otra cosa tampoco en este lugar de la presente obra (1).

El usufructo tiene la misma extensión objetiva que entre nosotros en el Derecho territorial prusiano (I. 21, § 173); en el Código francés (artículos 581, 587, 588, 602), en el austriaco (§ 510), donde con poca fortuna se trata de unificar la figura jurídica del usufructo sobre cosas consumibles y no consumibles, diciendo que el objeto del primero lo constituye el valor de la cosa; en el Código civil del Tesino (art. 184), el holandés (artículos 803, 804), el chileno (art. 789), el sajón (§§ 623 y siguientes), el portugués (artículos 2.209, 2.214, 2.237), el uruguayo (art. 456) (b), el argentino, que llama *imperfecto* al usufructo sobre cosas consumibles (artículos 2.808, 2.838), el de Zurich (artículos 281, 287), el español (artículo 482) y el Proyecto de Código civil alemán (§§ 980, 1.018, 1.021) (c). El Código de Guatemala reconoce el usufructo sobre de-

---

(1) Los Códigos que cito en este número y en los sucesivos son los siguientes: el Derecho territorial general prusiano, de 1791; el Código de Napoleón, de 1804; el Código civil general austriaco, de 1811; el del Cantón del Tesino, de 1837; el Código civil de Holanda, de 1838; el Chileno, de 1855; el sajón, de 1863; el portugués, de 1867; el de Méjico, de 1871; el del Uruguay; el de Guatemala, de 1877; el argentino, de 1869, reformado en 1882; el del Cantón de Zurich, de 1887; el español, de 1889. Extiendo mi comparación, además, a las disposiciones del Proyecto de Código civil alemán, aprobado en primera lectura por la Dieta imperial en 1887, y cuya elaboración continúa (a).

(a) [El Derecho prusiano, el Código de Sajonia y los de los cantones suizos están, en la actualidad, derogados y sustituídos por el Código civil alemán de 1896, y el suizo de 1907. Del Código del Uruguay se ha publicado una edición reformada en el año de 1914. En las notas siguientes nos referiremos a los textos vigentes de estos Códigos, así como a algunos otros recientes, dignos de ser tenidos en cuenta, como son el del Brasil, de 1916, y el de Venezuela, de 1922.]

(b) [El art. 493 de la edición vigente, sancionada el 20 de Abril de 1914, define el usufructo como «un derecho real que consiste en gozar de la cosa ajena, con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño si la cosa no es fungible, o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género o de pagar su valor, si la cosa es fungible».]

(c) [En el vigente Código civil alemán se admiten tres clases de usufructo, reguladas en tres capítulos separados: el usufructo sobre las cosas (§§ 1.030 a 1.067), el usufructo sobre los derechos (§§ 1.068 a 1.084), y el usufructo

rechos (art. 1.333), pero declara expresamente que las cosas fungibles no pueden ser objeto de usufructo (art. 1.309). Lo propio cabe decir del Código de Méjico, que reconoce el usufructo sobre derechos (art. 984), mas no dice, sin embargo, sobre qué cosas puede constituirse, y ni prevé ni regula el usufructo de cosas consumibles; mantiene, por lo demás, la consabida definición del usufructo, según la cual el usufructuario está obligado a conservar la sustan cia de la cosa (art. 963), incompleto concepto, que necesita una declaración legislativa que amplíe su aignificado para poderse aplicar al usufructo de cosas fungibles (a).

Exceptuando los Códigos sajón, de Zurich y el Proyecto de Código alemán, que sólo sobre cosas materiales reconocen un derecho de propiedad (b), todas las legislaciones citadas coordinan la idea del usufructo sobre derechos con el concepto de la propiedad como pertenencia ilimitada temporalmente sobre cosas corporales y derechos.

En ninguna legislación pueden ser objeto de propiedad, y, por tanto, de usufructo, aquellos derechos no aptos para prestar utili-

---

sobre un patrimonio (§ § 1.085 a 1.089). Dentro de la primera división, se trata del usufructo sobre las cosas consumibles en el § 1.067.]

(a) [De entre los Códigos más recientes, el de Venezuela (que sigue co exactitud en la generalidad de las materias al italiano) define el usufructo, con aplicación a los bienes de utilidad repetida, en el art. 564, admitiendo el de cosas consumibles en el 570; el suizo reconoce, a imitación del alemán, un ámbito extensísimo al usufructo; pues dice, en su art. 745, que puede éste «ser establecido sobre muebles, inmuebles, derechos o un patrimonio», y el brasileño, de modo análogo, expresa en el art. 714 que el usufructo puede recaer en uno o más bienes, muebles o inmuebles, en un patrimonio entero o en una fracción del mismo.]

(b) [En este grupo excepcional, correspondiente a las legislaciones germánicas, hay que incluir hoy el Código federal suizo. «Los derechos reales — dice su comentarista WIELAND — no existen más que sobre las cosas, o, lo que es igual, sobre los objetos *materiales* y las *fuerzas naturales*. Los *derechos* no son cosas. La concepción del Derecho francés, según la cual los derechos forman parte de las cosas mobiliarias (bienes muebles), no encuentra ningún fundamento en el Código civil suizo. Una excepción se da, sin embargo, en el usufructo y el derecho de prenda, que pueden tener por objeto material derechos, en particular créditos. El titular del derecho adquiere un señorío análogo al que confieren los derechos reales, en el sentido de que en caso de embargo o bancarrota, excluye a los terceros, es decir, a los acreedores que no estén investidos de un derecho real». (*Les droits réels dans le Code civil suisse*, t. I, pág. 26; v. también la pág. 19.)]

dad genérica, que no pueden, por consiguiente, tener un valor en cambio (aquellos de índole íntimamente personal). En esta clase última no deben ser comprendidas las servidumbres prediales, que no están consideradas como elementos independientes y distintos del patrimonio, y consiguientemente como objeto de propiedad aparte de la del fundo en cuyo beneficio se constituyen; sino que, como la propiedad, son también objeto del disfrute de quien tenga el usufructo del fundo; este principio se halla establecido en el Código civil chileno (art. 782); en términos más generales, atribuyen al usufructuario de un fundo el disfrute de los derechos de servidumbre y cuantos otros pudiera disfrutar el dueño, el Código prusiano (I. 21, § 45), el francés (art. 507), el holandés (art. 821), el sajón (§ 605), el portugués (art. 2.206), el mejicano (art. 981), el del Uruguay (art. 473) (a), el de Guatemala (art. 1.329), el español (artículo 479); y con formulación más precisa, asigna el goce de los derechos patrimoniales inherentes a la propiedad del fundo, el Proyecto de Código civil del Imperio alemán (§ 987). Como hemos dicho, el mismo usufructo está comprendido entre las cosas susceptibles de ser objeto del derecho de propiedad; por lo tanto, sobre él puede ser constituído otro usufructo, aun en aquellos países regidos por legislaciones que no consienten la cesión de este derecho, sino de su ejercicio solamente (v. núm. 31), y para los cuales, en consecuencia, este usufructo sobre otro, reviste el carácter y tiene el valor de usufructo sobre un derecho personal de obligación. El Código civil argentino únicamente es el que deduce expresamente de la intransmisibilidad del usufructo, la imposibilidad de constituir un usufructo sobre otro (art. 2.842).

17. El carácter *real* del derecho de usufructo resulta implícitamente de la definición que da de él el artículo 578 del Código francés, sustancialmente igual a la del nuestro, y lo confirma el 621, con arreglo al cual la venta de la cosa usufructuada no lleva modificación alguna al ejercicio de los derechos del usufructuario. Como en el italiano, no puede pretender que la cosa usufructuada se le entregue en aquellas condiciones que le permitan usarla, sino que ha de recibirla en el estado en que se encuentre (art. 600), si bien puede renunciar al usufructo (art. 622) y se extingue con la pérdida total de la cosa (párr. último del 617); pero a diferencia de nuestro Código italiano, el francés declara, además, extinguido el usufructo

(a) [Art. 510 de la edición vigente.]

cuando la cosa experimenta una transformación total o, por lo menos, en un caso de ésta, a saber: que se destruya el edificio, objeto único del usufructo; pero esto no está en contradicción con el carácter *real* del derecho; procede de una interpretación tradicional del título constitutivo: la de que la concesión del derecho se halla subordinada a la posibilidad de obtener y continuar el disfrute en aquella forma posible en el momento de constituirlo.

En el Derecho prusiano, el usufructuario puede dirigirse contra todo detentador de la cosa o contra quien le perturbe su posesión (I, 21, § § 24, 40 y siguientes; I, 7, § § 169 y siguientes); puede asimismo renunciar a su derecho (I, 21, § 181), y se extingue el usufructo por la destrucción de la cosa, no por su total transformación, al menos mientras puedan conseguirse de algún modo los propósitos que se perseguían al constituir aquél (1). Mas el usufructuario puede pretender del dueño prestaciones en razón a su derecho de usufructo. Se enlaza así con el derecho real de usufructo un derecho de obligación real; esto es, un derecho a prestaciones que incumben al propietario de la cosa usufructuada, sea quien sea, no a una persona individualmente determinada; pero tanto de este precepto legal como de algunos análogos en otras legislaciones, convendrá que nos ocupemos cuando veamos en todos ellos en qué consiste el contenido esencial del usufructo (v. núm. 30).

En su § 472, el Código austriaco declara expresamente el carácter real de las servidumbres, entre las cuales forma una clase el usufructo (§ 478). Lo califican categóricamente de derecho real: en su artículo 803, el Código holandés; el chileno (art. 764); el del Uruguay (art. 456) (a); el argentino (2.807) (b). Lo denomina *dominio útil* el del Cantón del Tesino (art. 179); *propiedad imperfecta*, el portugués (art. 2.189); el sajón lo enumera entre los derechos sobre cosas (epígrafe de la p. II), como el de Zurich (rúbrica del l. II) y el Proyecto alemán (ídem del l. III) (c). Todos los cuerpos legales citados lo definen en forma absoluta como un derecho de disfrute, no como derecho al que corresponda la obligación de hacer gozar (Cód. austriaco, § 509; tesinense, art. 183; holandés, 803;

(1) Cfr. DERNBURG, *Lehrb. d. preussisch. Privatr.*, t. I, § 280, notas 10 y 11.

(a) [Art. 493 de la edición vigente.]

(b) [El Código brasileño (art. 713) lo califica también de derecho real.]

(c) [El Código suizo incluye igualmente el usufructo dentro de los derechos reales (rúbrica del lib. IV).]

chileno, 674; portugués, 2.197; mejicano, 963; uruguayo, 556 (a); guatemalteco, 1.369; argentino, 2.807; de Zurich, 276; español, 467; Proyecto alemán, § 980) (b), y declaran expresamente, como el francés y el nuestro, que el usufructuario está obligado a recibir la cosa en el estado en que se encuentre, el Código holandés (art. 829), el chileno (774) y el argentino (2.910). El de Méjico (art. 991), el del Uruguay (497) (c), el argentino (2.916) y el español (arg. del art. 489), estatuyen que no sufren modificación alguna los derechos del usufructuario por la venta de la cosa usufructuada. El mejicano (art. 973), el guatemalteco (1.321) y el argentino (2.876) atribuyen al usufructuario las acciones reales, personales y posesorias de que pueda estar asistido el propietario en cuanto afecten al usufructo; y la eficacia *erga omnes* de la acción pidiendo la posesión de la cosa usufructuada está reconocida en el Código sajón (§ § 605, 603).

Admiten expresamente la extinción del usufructo por renuncia del usufructuario los Códigos del Tesino (arg. art. 213), el holandés (núm. 4 del 854), el chileno (806), el portugués (núm. 5 del 2.241), el mejicano (núm. 6 del 1.026) el uruguayo (núm. 5 del 499) (d), el guatemalteco (núm. 6 del 1.373) y el español (núm. 4 del 513); también la prevé el Código sajón (§ 649), pero su eficacia la subordina a la aceptación del propietario (e). Sancionan la extinción del usufructo por perecimiento de la cosa, el Código del Tesino (art. 221), y por la destrucción del edificio que constituye el objeto único del usufructo, a semejanza de lo que dispone el francés, el holandés (núm. 6 del artículo 854 y art. 859), el chileno (artículo 807), el portugués (2.241, núm. 6, y 2.246), el de Méjico (número 7, del 1.026 y 1.029), el del Uruguay (núm. 7 del 499 y 501) (f), el guatemalteco (núm. 7 del 1.373 y 1.375) y el argentino (2.937 y siguientes). El Código holandés aplica el mismo principio a la destrucción de buque (art. 860), negando el usufructo sobre los materiales que lo componen; el Código sajón estatuye, en

---

(a) [Art. 493 vigente.]

(b) [Véase el § 1.030 del Cód. alemán en vigor.]

(c) [Art. 535 de la edición vigente.]

(d) [Art. 537, núm. 5, de la edición vigente.]

(e) [Aluden también a la extinción del usufructo por renuncia del usufructuario el Cód. alemán (§ 1.064) y el suizo (art. 748); pero este último preceptúa que, si se trata de inmuebles, la renuncia no confiere al propietario más que el derecho de exigir la cancelación.]

(f) [Artículos 537, núm. 6, y 539 de la edición última.]

general, la extinción del usufructo cuando se destruye o transforma totalmente la cosa (§ 653) (a). El Código español (art. 517) reproduce, en cambio, los principios del nuestro.

A despecho de la *realidad* del usufructo, puede ser privado su titular de la posesión de la cosa cuando no afiance conforme a la ley y ésta o el título lo exijan, y cuando su gestión desdichada lo precise para salvar los derechos del propietario (v. núm. 29, *in fine*). Muchas legislaciones vedan al propietario realizar ciertos actos incompatibles con el goce del usufructuario (Códigos: italiano, artículo 495 pr.; francés, 599 pr.; del Tesino, 197; holandés, 825) o sólo le autorizan para ejecutar mejoras en la cosa, siempre que no perturben el disfrute (Cód. portugués, art. 2.227) o permiten la privación parcial o temporal de él nada más que para ejecutar aquellas obras necesarias a la conservación de la cosa (Cód. uruguayo, artículo 495) (b), comprendiéndose entre estas obras de conservación, no de mejora, según algunas leyes (Cód. arg., 2.917), la reconstrucción de los edificios destruídos y que eran accesorios de un fundo; Código austriaco atribuye, en general, al propietario facultad para ejecutar, no sólo obras de conservación, sino aquellas otras que aumenten la utilidad de la cosa, a condición de indemnizar al usufructuario de la privación total o parcial que sufra en su disfrute. En el caso especial de destrucción del edificio, objeto único del usufructo, el Código español (art. 517), como el nuestro (520), luego de negar que implique la extinción del usufructo, al propietario que quiera construir otro edificio lo autoriza para ocupar el solar y usar los materiales, pagando al usufructuario los intereses del valor de uno y otros.

18. En cuanto a la limitación temporal del usufructo, es principio común a todas las legislaciones mencionadas que normalmente se extinga aquél con la vida del usufructuario (Derecho prusiano, I, 21, § 178; Cód. francés, art. 617; austriaco, § 529; del Tesino, 211; holandés, 854; chileno, 806; sajón, § 600; portugués, 2.241; mejicano, 1.026; uruguayo, 499 (c); guatemalteco, 1.373; argenti-

(a) [El Cód. suizo enuncia el principio general de que el usufructo se extingue por la pérdida total de la cosa (art. 748), y el brasileño dice que se extingue por la destrucción de la cosa, no siendo fungible (art. 739, núm. 4, que hay que complementar con las reglas de los artículos 735, 737, segunda parte, y 738).]

(b) [Art. 534 actual.]

(c) [Art. 537, núm. 1.°, de la edición vigente.]

no, 2.920; de Zurich, 299; español, 513, y Proyecto alemán, § 980) (a). El Código austriaco (§ 529, cit.) autoriza la constitución de usufructo en favor de una persona y de sus herederos; en caso de duda, se deben entender llamados únicamente los primeros sucesores legítimos del beneficiado; pero el constituyente está facultado para ampliar expresamente los efectos de esta disposición en favor también de los herederos testamentarios, y de todos los sucesores, aun los de más remoto grado.

El derecho de usufructo constituído a favor de una familia, según algunos intérpretes al menos (1), se transmite a todos sus individuos presentes y futuros. El Derecho prusiano admite también (§ cit.) la posibilidad de constituir un usufructo hereditario (2). Lo mismo hace el sajón (§ 657), aunque no reconozca su eficacia sino entre los sucesores inmediatos del primeramente llamado.

El reconocimiento de la validez de la constitución del usufructo más allá de una generación, se apoya en consideraciones de naturaleza análoga a las que mueven al legislador a admitir las sustituciones fideicomisarias, esto es, al juicio que le merezca la ampliación de los derechos del propietario más allá de su muerte. Pero el que sea reconocida la validez de la sustitución fideicomisaria no implica el reconocimiento del usufructo hereditario: la existencia legal de la obligación en el heredero legatario o donatario de conservar y restituir a otro los bienes recibidos, supone la posibilidad de conservar y restituir estos bienes por aquellas personas; la sustitución fideicomisaria en el usufructo, esto es, la disposición que llama a una segunda persona a recoger el usufructo a través del primeramente designado, y para después que éste lo haya disfrutado, presupone que, para el legislador, el usufructo es un bien que no está ligado necesariamente con la vida de una persona determinada, y el reconocimiento de la sustitución fideicomisaria, en general, no implica el de ella en el usufructo, con los presupuestos de que ésta nace. Hay que distinguir, pues, del verdadero *usufructo sucesivo*, o sea de la sucesión de varias personas en la propiedad de un mismo usufructo, lo que impropiamente suele

(a) [Cód. alemán, § 1.061; Cód. suizo, art. 749; Cód. brasileño, art. 739, número 1.°, y Cód. venezolano, artículos 565 y 601.]

(1) WINIWAERTER, *Com. d. Cod. civ. gen. austr.*, ad § 529, cit.

(2) Nos parece, sin embargo, que después de la ley de 2 de Marzo de 1850 sobre la libertad del suelo, no es posible el usufructo vitalicio sobre predios rústicos. V. DERNBURG, *op. cit.*, § 280, núm. 3.

llamarse también *usufructo sucesivo*, esto es, aquel conjunto de usufructos sobre unos mismos bienes a que son llamadas varias personas, una después de otra e independientemente entre sí. Éste, al que llamaremos por ahora *usufructo sucesivo impropio*, no está fundado en una vocación sucesiva, sino en tantas vocaciones distintas, simultáneas, como usufructos hay, diversificadas una de otra vocación por el distinto término de comienzo fijado al goce efectivo, y difiere del usufructo sucesivo *propio* en esto principalmente: en que como no son sucesores unos de otros los usufructuarios particulares, sino todos ellos sucesores iguales del común causante, respecto a éste se fija la capacidad de ellos para recibir el usufructo, y el momento en que es transmitido el derecho, no el instante en que se atribuye su ejercicio, es cuando hay que apreciar su capacidad o incapacidad respectiva.

El usufructo sucesivo impropio es perfectamente compatible con la limitación vitalicia del usufructo; su plazo máximo no puede exceder de la vida del últimamente llamado, que debe ser capaz en el momento mismo en que comienza el usufructo del que fué instituído primero. Puede prohibirse el usufructo sucesivo propio, aunque, en general, esté reconocida la sustitución fideicomisaria; en cambio, puede reconocerse perfectamente la eficacia del usufructo sucesivo impropio allí donde se prohiban las sustituciones fideicomisarias; la prohibición es sólo una seguridad más que la ley quiere dar para facilitar la consolidación de la propiedad. Así, está prohibido, a semejanza del nuestro, en el Código argentino (art. 2.824), y en el uruguayo (461 (a), que, como el italiano, niegan en absoluto validez a las sustituciones fideicomisarias (Códigos argentino, 3.723 y siguientes; uruguayo, 820 y siguientes (b); en el del Uruguay existe, asimismo, otro obstáculo a la separación de propiedad y usufructo, y se prohibe, no sólo el usufructo sucesivo, sino el alternativo también (art. 461 (c). En cambio, lo autorizan expresamente el holandés (art. 805), el portugués (2.199), el de Méjico (967) y el guatemalteco (1.315); en tanto que el mejicano (3.631) y el guatemalteco (832) prohiben terminantemente las sustituciones fideicomisarias, las reconocen excepcionalmente, casi en los supuestos mismos que el Código francés (artículos 1.048 y siguientes), el holandés (1.020 y siguientes) y el portugués (1.867). Los citados artículos

(a) [Art. 498 actual.]
(b) [Art. 865 de la edición vigente.]
(c) [Art. 498 actual.]

de los Códigos holandés y portugués, aun cuando reconocen la posibilidad del usufructo sucesivo impropio, niegan la posibilidad del propio, y disponen que, en caso de disfrute sucesivo, no podrán gozar de él sino las personas existentes al tiempo en que nació el derecho del primer usufructuario, y se sobreentiende que la prohiben también en aquellos casos en que sólo está reconocida por excepción la sustitución fideicomisaria en general. La doctrina corriente cree, por esto, que para tales casos está excluída también del Código francés la posibilidad del usufructo sucesivo propio, aunque no contiene aquí disposición explícita alguna sobre el particular, y que, en cambio, es válido siempre el usufructo sucesivo impropio. El Código chileno adopta una posición especial: por una parte, reconoce, en general, la validez de la sustitución fideicomisaria, aunque sólo en un primer llamamiento (artículos 1.164, 733 y siguientes), y, por otro lado, prohibe, así el usufructo sucesivo propio, o sea la sustitución fideicomisaria en el usufructo, como el mismo usufructo sucesivo impropio, y aun como el Código uruguayo, hasta el usufructo alternativo (art. 769).

Si no puede inducirse la prohibición del usufructo sucesivo impropio de la mera prohibición de las sustituciones fideicomisarias, habrá que admitir *a fortiori* la posibilidad de aquél, salvo una disposición prohibitiva terminante, como la del Código chileno, donde la sustitución fideicomisaria no esté vedada. Así, pues, habrá que estimarlo existente dentro del sistema del Código del Tesino (artículo 254), del de Zurich (1.817) y del proyecto alemán (§§ 1.804, 1.812 y 1.884) que reconocen la validez de la sustitución fideicomisaria de primer grado (a), y en el del Código español, que también la reconoce en este primer grado (art. 781) y consagra genéricamente la posibilidad del usufructo sucesivo (art. 469). No hay que inducir, por otra parte, de los razonamientos expuestos que la permisión de las sustituciones fideicomisarias entrañe la posibilidad de ellas en el usufructo, y, por tanto, debemos excluirle en todos estos cuatro

(a) [El Código alemán ha modificado, en materia de sustituciones fideicomisarias, la redacción del primer proyecto, y ha abandonado la limitación a un solo grado, fijando, en cambio, para la validez de aquéllas, un plazo de treinta años, durante el cual podrá haber un número ilimitado de transmisiones (§ 2.109). Por otra parte, la misma restricción que implica ese período de treinta años tiene algunas excepciones, que especifica el propio § 2.109. El Código suizo es el que consagra hoy el criterio de la limitación de un grado (artículo 488), de acuerdo con gran número de las antiguas legislaciones cantonales.]

sistemas legislativos; únicamente puede hacerse en el Derecho prusiano, en el Código austriaco y en el sajón, que amplían la sustitución fideicomisaria al usufructo, o sea, que admiten el usufructo sucesivo propio.

19. En todas estas legislaciones, el usufructo constituído en favor de una persona jurídica se extingue al cesar ésta de existir; pero sólo el Derecho prusiano (I, 12, § 423) (a) y el austriaco (§ 529) admiten que este usufructo pueda estar separado de la propiedad por todo el tiempo de existencia de la persona jurídica sin más limitación; ya el Derecho prusiano agrega que cuando no aparezca consignado el tiempo de duración en el título constitutivo, se entienda ésta limitada a cincuenta años. El Código del Tesino (art. 212), el sajón (§ 656) y el de Zurich (art. 300), estatuyen que la duración del usufructo constituído a favor de una persona jurídica no puede exceder de cien años (b); el francés (art. 619), el holandés (art. 857), el chileno (770), el portugués (2.244), el de Méjico (1.027), el del Uruguay (464) (c) y el español (515), como el italiano, de treinta (d), el argentino (2.820) de veinte, y el guatemalteco (1.374), de diez.

La extinción del usufructo por el no uso durante treinta años está reconocida, como en nuestro Código, en el francés (art. 616), en el holandés (núm. 5 del 854) y en el sajón (§ 655) (e). Los demás no acogen que pueda perderse el usufructo por el hecho negativo de no usar de él, y aun en aquellos mismos que incluyen la prescripción entre los modos de extinguirse el usufructo (Código chileno, art. 806; portugués, 2.241, núm. 4; mejicano, 1.026, número 5; uruguayo, 499, núm. 4 (f); guatemalteco, 1.373, núm. 5, y español, 513, núm. 7 de las normas generales reguladoras de la prescripción, resulta que la extinción del usufructo no puede ser más que la consecuencia de que se adquiera por usucapión la libertad de la cosa usufructuada (g).

(a) [Hoy el Cód. alemán, § 1.061.]

(b) [Igual límite máximo de cien años establecen el Cód. suizo (artículo 749) y el brasileño (art. 741).]

(c) [Art. 501 de la edición vigente.]

(d) [Igual plazo establece (art. 565) el de Venezuela.]

(e) [Y en el venezolano, art. 601.]

(f) [Hoy art. 537, núm. 4.]

(g) [También menciona la prescripción el Código brasileño, art. 739, número 6.]

20. La consolidación del dominio, cuando el usufructo se extingue, queda asegurada por las limitaciones establecidas a la facultad de goce del usufructuario; éste no puede disfrutar de la cosa sino a condición de conservar la sustancia de ella, según la fórmula del Derecho romano, cuyos términos encontramos en el Código francés (art. 578), en el austriaco (§ 509), en el del Tesino (art. 183), en el holandés (art. 803), en el chileno (art. 764), en el portugués (2.217), en el mejicano (963), en el uruguayo (456) (a), en el guatemalteco (1.309), en el argentino (2.807), en el del cantón de Zurich (279) y en el Código español (467) (b). Este principio lo declaran expresamente el Derecho prusiano (I. 21, § § 25 y siguientes), el sajón (§ 611), el Proyecto de Código civil alemán (§ 994) (c) con la prohibición de alterar el usufructuario el destino económico de la cosa, y una aplicación parcial de ello hace el artículo 2.879 del Código argentino, con arreglo al cual, el usufructuario «debe abstenerse de todo acto de explotación que tienda a aumentar, por el momento, las utilidades que puede obtener de su derecho, disminuyendo para el porvenir la fuerza productiva de las cosas sometidas al usufructo».

Todas las legislaciones mencionadas reconocen la irresponsabilidad del usufructuario por aquellos deterioros provinentes del uso normal de la cosa, con arreglo a su destino; o formulan esa regla en términos generales (Derecho prusiano, I, 21, § 16; austriaco, § 513; sajón, § 610; Proyecto alemán, § 1.007) (d), o enumeran sus aplicaciones prácticas más importantes a las cosas de fácil y rápido deterioro (Código francés, art. 589; del Tesino, 191; holandés, 812; chileno, 987; portugués, 2.208; mejicano, 985; uruguayo, 471 (e); guatemalteco, 1.334; argentino, 2.872; de Zurich, 293, y español, 481) (f). Y todos, en cuanto a las cosas fungibles, objeto de usufructo, declaran que el derecho del propietario a la conservación de la sustancia de las cosas está reducido, o al derecho personal de recobrarlas en el mismo número y cantidad (Derecho prusiano, I, 21, § 173; chileno, 775; uruguayo, 470) (g), o al derecho de recibir o

---

(a) [Hoy art. 493.]

(b) [Véase también el Código venezolano, art. 564, y el suizo, art. 764.]

(c) [Código alemán, § § 1.037 y 1.041.]

(d) [Código alemán, § 1.050; Código suizo, art. 752.]

(e) [Art. 508 de la edición vigente.]

(f) [Código de Venezuela, art. 571.]

(g) [Art. 507 de la edición vigente del Uruguay.]

recobrar el importe del valor que tuvieran al constituirse el usufructo (Código austriaco, § 510; proyecto alemán, § 1.018) (a), o a uno u otro derecho alternativamente (Código francés, 586; argentino, 2.945), atribuyéndole alguna legislación, expresamente, uno u otro derecho, según que se hayan valorado o no las cosas en el momento de constituirse el usufructo (como en el Código italiano, 483; en el holandés, 804; en el sajón, § 623; en el portugués, 2.209; en el del cantón de Zurich, 287 y 288, y en el español, 481 y 482) (b).

Todos los Códigos, análogamente, deducen del principio indicado que el derecho de disfrute del usufructuario implica la facultad de apropiación de sólo aquello que en la economía corriente se reputa utilidad de la cosa. Algunos le reconocen el derecho a los frutos naturales separados durante el usufructo, y los civiles proporcionalmente al tiempo y duración del mismo, como hace nuestro Código (Derecho prusiano, I, 7, § 201; francés, arts. 582 y siguientes; Tesino, 185 y siguientes; holandés, 809 y siguientes; chileno, 781 y siguientes; portugués, 2.203 y siguientes; mejicano, 975 y siguientes; uruguayo, 465 (c) y siguientes; guatemalteco, 1.322 y siguientes; argentino, 2.864 y siguientes; de Zurich, 283, y español, 472 y siguientes), las cuales leyes, con excepción del Derecho prusiano, del Código chileno y del Código de Zurich, distinguen entre frutos naturales y frutos industriales, o sea, los que se obtienen mediante el trabajo y el cultivo; pero sometiéndolos todos a la misma regla; otros, le atribuyen genéricamente los productos ordinarios y extraordinarios, como hace el Código austriaco (§ 511), o todas las utilidades de la cosa, como el Código sajón (§ 604) y el Proyecto alemán (§ 980) (d). En el § 988 del Proyecto de Código para el Imperio alemán, hay la prohibición expresa, implícita en otras leyes, de separar prematuramente los frutos, menoscabando así el derecho a ellos que corresponde al propietario al terminar el usufructo; pero esta prohibición no impide que el usufructuario adquiera la propiedad de los frutos separados a destiempo, si bien ello está sancionado por una obligación de indemnizar (e). El Có-

(a) [Código alemán, § 1.067; Código suizo, art. 772.]

(b) [Código venezolano, art. 570.]

(c) [Art. 502 y siguientes de la vigente edición.]

(d) [Se desprende igual solución del § 1.030 del Código vigente.]

(e) [El Código vigente se limita a decir lo que sigue: «El usufructuario adquiere la propiedad de los frutos que percibe, aun por modo contrario a las reglas de una explotación normal, o de manera excesiva, cuando circunstancias

digo portugués (art. 2.223) estatuye que excediendo los límites asignados al goce, o recogiendo frutos antes de que maduren, el usufructuario incurre en la obligación de indemnizar; pero sólo cuando obre dolosamente; y en cambio, admite la compensación del daño que ello haya ocasionado, con los beneficios que obtenga el propietario por el abandono de frutos pendientes y que el usufructuario hubiera podido recoger. Nótese que el mismo Código, en el artículo 2.211, excluye la compensación por las cortas que no haya hecho el usufructuario en montes tallares, como hacen el nuestro (art. 485), el francés (art. 590), y el holandés (813).

Más importancia que por su aplicación directa, por lo que enseña respecto a los límites de disfrute del usufructuario, tiene la disposición, común a muchas de las legislaciones citadas, que excluye a éste de derecho alguno sobre el tesoro que descubra en el fundo usufructuado, aparte o salvo, naturalmente, la participación que como inventor pueda corresponderle (Código francés, art. 598; austriaco, § 511; holandés, 824; chileno, 786; portugués, 2.216; español, 471, y Proyecto alemán, § 990) (a). El sajón (§ 606), le niega también derecho al tesoro descubierto en el fundo; pero sí se lo reconoce cuando el usufructo recaiga íntegramente sobre un patrimonio en el que esté comprendido el fundo donde se hizo el descubrimiento. Con carácter general, el Código argentino (art. 2.869) atribuye al usufructuario de un patrimonio o de una cuotaparte de él, en proporción a ésta su cuota, todo cuanto provenga de las cosas usufructuadas, aunque no tenga el carácter de fruto, en tanto que el Proyecto alemán (§ 1.038) (b) concibe la regulación del usufructo de un patrimonio, por lo que a la facultad del usufructuario atañe, como un usufructo de los objetos particulares que constituyen el patrimonio mismo.

Como hemos advertido y veremos después también, lo que caracteriza este derecho y forja su estrecha afinidad con el derecho de propiedad, es que el contenido del usufructo no se determina de un modo positivo, sino fijando límites al usufructuario, los cua-

---

particulares han hecho esta percepción necesaria. Sin embargo, está obligado a reembolsar al propietario, al terminar el usufructo, el valor de tales frutos, y a dar garantías del cumplimiento de esta obligación, todo ello sin perjuicio de su responsabilidad en caso de culpa» (§ 1.039).]

(a) [Código alemán, § 1.040; Código brasileño, art. 727; Código venezolano, art. 581, § 3.º]

(b) [§ 1.085 vigente.]

les no puede infringir sin violar los derechos del propietario, y que dentro de estos límites le es permitido el goce en cualquier forma, aun cuando la ley no haga expresa mención de ella.

21. Corolario lógico de este principio sería reconocer al usufructuario la facultad de hacer en la cosa usufructuada todo mejoramiento que beneficie su interés, y que no altere permanentemente el destino económico de la cosa. Y, por consiguiente, retirarlos cuando le convenga o le plazca, antes de extinguirse el usufructo. Así lo hacen, precisamente, el Derecho prusiano (I, 21, §§ 130 y 131), el austríaco (§ 517), el sajón (§ 284), el portugués (2.217), el mejicano (990), el guatemalteco (1.338), el argentino (2.874) y el español (487). Pero en otras legislaciones prepondera el respeto al derecho de accesión, y si el usufructuario está facultado para hacer mejoras en la cosa usufructuada, no puede retirarlas contra la voluntad del propietario. Esta regla terminante resulta de las disposiciones del Código francés (art. 599), del del Tesino (art. 198) y del holandés (art. 826); el chileno (801) y el uruguayo (475 (a), como el nuestro (495), permiten al usufructuario retirarlas cuando el propietario no quiera utilizar la cesión, indemnizando en la medida del beneficio que el usufructuario obtendría retirándolas. Y un principio semejante en orden a las mejoras sienta el Proyecto de Código alemán (§§ 1.110 y 936) (b). El Código francés, el holandés y el nuestro, han creído necesario especificar la facultad incondicional del usufructuario para retirar los espejos, cuadros y otros adornos que hubiera colocado en el inmueble usufructuado, siempre que deje las cosas en el estado en que al principio estaban.

Para comprender el valor de estas reglas hay necesidad de coordinarlas con aquellas que expondré más adelante (núm. 30) respecto a los derechos concedidos por varias leyes al usufructuario que desee o se le obligue a dejar en beneficio del propietario las mejoras hechas. Pero, desde ahora, es preciso advertir que la interpretación de las reglas acerca de las mejoras hechas por el usufructuario y sobre la conciliación de sus derechos con el de accesión del dueño, es uno de los puntos más controvertidos en la jurisprudencia del Código francés, y de todos aquellos que traen su origen de él, como el nuestro.

(a) [Art. 512 vigente.]

(b) [V. § 1.049 del Cód. alemán vigente.]

22. Otra limitación del disfrute arranca de los derechos que se reservan al propietario durante el usufructo. Pero, como he manifestado en el número 17, *in fine*, en general se estatuye que el propietario, ni aun parcial y temporalmente, puede privar de su disfrute al usufructuario, sino para realizar las obras que, necesariamente, exija la conservación de la cosa. Únicamente el Código austriaco obliga al usufructuario a consentir las obras de mejoramiento; pero le concede el derecho a ser indemnizado completamente de la privación (§ 517), y el Código español (art. 517) y el nuestro (art. 520) como admiten que el usufructo sobre un edificio, aun después de destruído éste, subsiste sobre el solar y sobre los materiales, para no impedir la reconstrucción del edificio por causa de un interés casi exclusivamente negativo del usufructuario, reconocen al dueño, si va a reconstruir, la facultad de recobrar el solar y los materiales, a condición de satisfacer los intereses de su valor al usufructuario.

23. Todas las legislaciones mencionadas reconocen que el usufructuario puede disfrutar por medio de otro, o sea ceder el ejercicio del usufructo, o arrendar la cosa usufructuada (Derecho prusiano, I, 21, §§ 130 y 131), Código francés (art. 595), austriaco (arg. § 1.257), del Tesino (196), holandés (819), chileno (793), sajón (§ 600), portugués (2.222), mejicano (982), uruguayo (474) (a), guatemalteco (1.330), argentino (2.870), del cantón de Zurich (286), español (480) y Proyecto alemán (§§ 1.008 y 1.011) (b). Pero la mayor parte aplican el principio de que, resuelto el derecho del cedente, se resuelve el del cesionario y la extinción del usufructo extingue todos los derechos de los contratos que pueda haber celebrado el usufructuario. (Código austriaco, § 442), sajón (§ 600), portugués (2.207), mejicano (982), uruguayo (474) (c), guatemalteco (1.330), argentino (2.870); reservando expresamente el Código de Méjico al arrendatario una acción contra el usufructuario y sus herederos. El Código francés obliga al propietario a respetar, a la terminación del usufructo, el arrendamiento que de la cosa hubiera hecho el usufructuario por término mayor de nueve años, pero sólo durante el período de nueve años corrientes, por el que falte para este plazo o por toda la duración, si fuese menor el tiempo señalado a la vigen-

(a) [Art. 511 actual.]

(b) [Cód. alemán, § 1.059; Cód. suizo, art. 758; Cód. brasileño, art. 717; Código venezolano, art. 579.]

(c) [Art. 511 actual.]

cia del dicho contrato y si se hubiera celebrado o renovado éste por menos de tres años, cuando se trate de predios rústicos, y de dos, si son urbanos (artículos 595, 1.429, 1.430) (a). El Código del cantón del Tesino reconoce la eficacia del arrendamiento por menos de tres años (art. 196); el holandés lo mantiene también después de extinguido el usufructo, pero por un plazo conforme a los usos del país o a las costumbres de los propietarios, y a falta de estas reglas, por cuatro años como máximo, si se trata de predios urbanos, y por siete, si de fundos rústicos (art. 819); el español (art. 480) mantiene la duración de los arrendamientos de estos últimos por todo el año agrícola. Según el Proyecto de Código civil alemán (§ 1.008), al recobrar el propietario el pleno dominio de la cosa, puede despedir inmediatamente al arrendatario; pero el lanzamiento no se realiza hasta que transcurre el plazo fijado en el contrato, y, a falta de él, señala la ley un máximo de seis meses en los fundos rústicos (b).

24. Varios son los criterios seguidos en la apreciación del principio fundamental de la asignación de frutos cuando el usufructo recae sobre montes y arbolado: el usufructuario tiene la obligación de conservar los bosques y los árboles de que esté dotado el fundo; sólo puede apropiarse en tales casos aquellos productos que en una buena economía rural pueden ser reputados rendimientos forestales; es decir, las cortas normales de los montes tallares y de otros árboles y de aquellas plantas que en la explotación por los propietarios o según las costumbres del país pueden reputarse rendimientos de los mismos (Derecho prusiano, I, 21, §§ 32 y siguientes; Cód. francés, 590 y siguientes; Cód. austriaco, § 511; del Tesino, artículos 189 y 190; holandés, 813 y siguientes; chileno, 783; sajón, §§ 607 y 608; portugués, 2.210 y siguientes; mejicano, 986 y siguientes; uruguayo, 472 (c); guatemalteco, 1.335 y siguientes; argentino, 2.873, y español, 485) (d). Así como han creído muchos

(a) [El Código de Venezuela dispone que los arrendamientos que celebrare el usufructuario por cinco o menos años, subsistirán por el tiempo estipulado, aun cuando cese el usufructo; pero los celebrados por mayor tiempo no durarán, en el caso de cesación del usufructo, sino por el quinquenio corriente al tiempo de la cesación (art. 580).]

(b) [Véase el § 1.056 del Cód. vigente, que sigue un sistema distinto.]

(c) [Art. 509 de la edición vigente.]

(d) [El Código alemán (§ 1.038) y el suizo (art. 770) conceden al propietario y al usufructuario el derecho de pedir que el disfrute y explotación del bosque sean regulados mediante un plan adecuado.]

países que debían dictar preceptos especiales acerca del usufructo de montes, también otros han fijado normas particulares para señalar límites al usufructuario en el disfrute de animales, rebaños, piaras, etc. El Código francés (art. 616), el holandés, (851), el chileno (788), el sajón (612), el portugués (2.225), el mejicano (1.000), el uruguayo (484) (a), el guatemalteco (1.348), el argentino (2.902), el de Zurich (284) y el español (499) imponen, como el nuestro (513), al usufructuario la obligación de reponer con las nuevas crías los animales que desaparezcan

Si el usufructo comprende minas o canteras, por lo general se faculta al titular para adueñarse de sus productos (Código francés, art. 598; austriaco, § 511; del Tesino, art. 195; holandés, 822; chileno, 784; sajón, § 609; portugués, 2.213; uruguayo, 473 (b); argentino, 2.866; español, 476 (c); Proyecto alemán, § 989; únicamente en el Derecho prusiano (I, 21, §§ 37 y 38) se reputa como capital de la pertenencia del propietario el producto de las minas, sin que corresponda más que su disfrute al usufructua-

---

(a) [Art. 522 de la edición vigente.]

(b) [Véase art. 510, § 2, de la edición vigente.]

(c) [En realidad, el Código español no alude directamente al usufructo de minas, pues el artículo 476 y los que le siguen sólo hablan del usufructo de predios donde existan minas. Por otra parte, la jurisprudencia no se muestra propicia a conceder al usufructuario los minerales mismos en concepto de frutos. Así, con anterioridad al Código, la sentencia de 7 de Mayo de 1879 negó al usufructuario derecho a los minerales en sí mismos, aunque lo reconocía a las utilidades que pudiera obtener con su transformación industrial o mercantil, y la de 1.° de Diciembre de 1884 declaró asimismo que no cabe usufructo sobre los minerales, pero sí sobre los valores que se obtengan y sobre los capitales que hayan podido emplearse para la explotación. Y después del Código, la de 8 de Julio de 1915 parece confirmar el mismo criterio y rechazar la atribución al usufructuario de minas, de los productos mismos o minerales extraídos; pues declara, en tesis general, que «la especialidad reconocida por la doctrina de este T. S. a las propiedades mineras, obliga a distinguir separadamente los derechos del usufructuario de aquellos otros que corresponden a quien se beneficia con el producto directo de la mina, incluyendo como tal el precio en venta del mineral extraído, y de los derechos, en fin, que pertenecen al mero propietario»; si bien, para el caso concreto de que se legue «el *producto* y *usufructo* de todas las minas y participaciones mineras o acciones en sociedades de minas» del testador, estima que, por respeto al título constitutivo, corresponde al legatario, no sólo el usuftucto, sino, además, el producto de las minas, quedando sólo para el nudo propietario lo que de la mina reste al extinguirse esos derechos.]

rio (a). Otra cuestión es la de si en el usufructo están comprendidas o no las minas y canteras existentes ya en el fundo objeto de aquél; las disposiciones del Código francés (art. 598), según las cuales las canteras y aun las minas descubiertas ya en el instante de comenzar el usufructo pueden ser disfrutadas por el titular de éste, ceden ante el principio, consagrado en la legislación de minas, de que éstas constituyen una propiedad separada de la del suelo, y sólo sirve para interpretar extensivamente el título constitutivo del usufructo en el caso de que la propiedad del fundo y la de las minas correspondan al constituyente. Igual puede decirse de los Códigos que siguen las normas del de Napoleón, y a la vez conservan un principio análogo acerca de la separación de la propiedad del fundo y de las minas. El Código español, más en armonía con la ley de Minas (6 de Julio de 1859) (b), que consagra el mismo principio, proscribe la presunción de que constituya las minas en explotación el usufructo concedido sobre un fundo (art. 478).

Con análogo criterio al de aquellos Códigos en que el producto de las minas, aun siendo una utilidad que no se renueva, se asigna al usufructuario, y respecto de esos productos no es posible la plena reintegración al dueño, en muchas legislaciones el usufructuario de una renta vitalicia tiene derecho a hacer suyas las anualidades que venzan durante el usufructo, con la sola obligación de restituir al propietario el derecho a exigir las anualidades que puedan vencer después de su extinción (Derecho prusiano, I, 21, § 42; Código francés, 588; holandés, 811; sajón, § 630; español, 475; Proyecto alemán, § 1.027) (c).

25. Algunas legislaciones reservan expresamente, al dictar las normas que regulan el usufructo, la facultad del propietario constituyente para regularlo de modo diverso. Según el Proyecto alemán (§ 980, cfr. el § 1.044), esta facultad queda reducida a restringir el contenido del usufructo y privar al usufructuario de la potestad de obtener de la cosa cualquiera de sus posibles utilidades (d). En nuestro Código se hace una reserva de carácter genérico (art. 476), y lo

(a) [Los modernos Códigos, alemán (§ 1.038), suizo (art. 771) y brasileño (art. 725), aplican al usufructo de minas las normas propias del usufructo de bosques, ya aludidas anteriormente.]

(b) [Es posterior y preferente el Decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868.]

(c) [Cód. alemán, § 1.073.]

(d) [Véase el § 1.030 del texto definitivo.]

mismo hacen el chileno (791), el portugués (2.201), el mejicano (972), el uruguayo (457) (a), el guatemalteco (1.320) y el español (470) (b). Unicamente el del Uruguay, como el nuestro, distingue entre las normas legales las *supletorias* de las *imperativas* o *prohibitivas;* pero no cabe duda de que tampoco en los demás se puede constituir un derecho en condiciones que prohiba la ley o distintas de las que exija ésta para poder atribuirle una cierta eficacia. La dificultad empieza al aplicar este principio incontestable y al investigar qué normas legales tienen carácter imperativo o prohibitivo. Indudablemente, no puede darse al usufructo una duración mayor de la autorizada por la ley; no es menos cierto tampoco que no está prohibido ampliar o restringir los derechos de goce del usufructuario; pero con esta extensión del contenido del usufructo, ¿no puede llegarse a atacar la sustancia de la cosa en distinta medida de lo consentido por la ley, y de esta suerte hacer así el usufructo incompatible con la existencia del derecho de propiedad? Sólo el Código español se plantea y resuelve esta cuestión en su artículo 467, en los siguientes términos: «El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa». Hay que recordar, sin embargo, que entre nosotros el artículo 491 del Proyecto senatorial, que se convirtió en el 477 del texto definitivo, después de las palabras «con la obligación de conservar la sustancia tanto en la materia cuanto en la forma», comprendía el inciso: «Salvo las excepciones establecidas en la ley o en el título». Este inciso lo suprimió la Comisión de Corrección de Estilo, por la única razón de creerlo inútil, toda vez que el mismo concepto estaba ya expresado, a su juicio, en las disposiciones generales del artículo 490 (art. 476 del texto definitivo) (1).

En su lugar oportuno procuraré demostrar que el principio del artículo 477 no tiene un carácter meramente supletorio; el título puede extender la facultad de goce del usufructuario más allá de los límites fijados por la ley en sus disposiciones particulares, pero sólo siempre que por otro camino se obtenga el fin mismo de esta disposición, que es el de asegurar la consolidación del pleno dominio en su día.

(a) [Art. 494 de la edición vigente.]
(b) [Véase también el art. 563 del Cód. venezolano.]
(1) *Verbali della commissione di coordinamento,* Verb. n. 22, XI.

26. Para que la propiedad pueda aspirar a quedar consolidada a la extinción del usufructo, es preciso poner límites, mayores o menores, al disfrute del usufructuario. No es, por lo demás, una consecuencia *necesaria*, pero sí *natural* a la relación entre usufructo y propiedad, la de que el usufructuario contribuya a los gastos que requiera la cosa usufructuada; y esta obligación, económicamente, es otro límite al disfrute, porque es necesario invertir en la conservación de la cosa una parte de la utilidad que produce la misma. Jurídicamente, esta obligación reviste una forma positiva, a diferencia de las limitaciones al disfrute, que son obligaciones negativas, y puede nacer después que el usufructuario haya gozado de la cosa y se haya apropiado su producto. Desde luego, todas las legislaciones mantienen la correlación económica entre el goce del usufructuario y las obligaciones que le incumben; únicamente el Código sajón (§ 612) carga al usufructuario todos los gastos que surjan para conservar la cosa en el estado en que la ha recibido; el Código de Guatemala (artículos 1.352 y 1.356) y el de Méjico (artículos 1.004 y 1.008) distinguen en el usufructo el constituído a título gratuíto del oneroso; en el primer caso obligan al usufructuario a soportar todos los gastos cuya necesidad no proceda de la vetustez de la cosa o de un vicio anterior al usufructo; en el segundo, en cambio, no se le impone obligación alguna, y como veremos más adelante, es el propietario el obligado a mantener la cosa en aptitud de servir al disfrute del usufructuario. El Código austriaco (§ 512) ordena que el usufructuario levante las cargas que exija la conservación de la cosa, pero sólo en cuanto basten a cubrirlas las utilidades que obtiene de ella. El portugués (art. 2.228) dispone que el usufructuario está obligado a satisfacer los gastos que no excedan de los dos tercios del producto neto; el argentino (2.881 y 2.884) fija numéricamente la medida en que ha de contribuir el usufructuario, y la señala dentro de la cuarta parte de los productos netos, si es a título oneroso, y de los tres cuartos, si es a título gratuíto. Según el Derecho prusiano (I, 21, §§ 52 y 66), hay obligación de satisfacer los gastos que no excedan de la cuarta parte de la renta; el francés (art. 605) distingue entre reparaciones extraordinarias y reparaciones de conservación; pero todas estas últimas, aunque sólo ellas, las carga al usufructuario; y el mismo criterio de fijar la obligación del usufructuario según la cualidad y no la cantidad de los gastos necesarios, siguen el del cantón del Tesino (art. 203) y el holandés (840); limitándose a expresarlo en términos generales, y sin hacer aplicaciones particulares, el proyecto de Código alemán

(§§ 997 y 998) (a). El Código chileno (arts. 795 y 797), el uruguayo (485 y 486) (b), el del cantón de Zurich (art. 294) y el español (500) hacen una distinción análoga; pero, como nuestro Código, imponen al usufructuario la obligación de contribuir también a las reparaciones extraordinarias que haga el propietario, satisfaciéndole, mientras el usufructo exista, el interés de las sumas invertidas en aquéllas, o si las hace él mismo y a su costa, no reconociéndole el derecho al reembolso del capital sino al terminar el usufructo.

Para que el dominio se consolide a la extinción del usufructo, preciso es que el dueño reciba la cosa en condiciones de poder obtener de ella utilidad. Y consecuente a esto, y como los gastos hechos sirvan para producir los frutos que maduren después de extinguido el usufructo, no conceden al usufructuario el derecho a obtener su reembolso del propietario que los recolecta, el Código francés (582), el holandés (809), el argentino (2.864) y el de Zurich (283), y eso también es lo que hace el nuestro. Otras legislaciones (Código austriaco, § 519; Código de Portugal, art. 2.203; Código español, 472) opinan distintamente, y disponen que si el usufructuario está obligado a mantener la cosa con potencialidad de producir, no está obligado a hacerla productiva en el momento; y por lo tanto, si haciendo los oportunos desembolsos proporciona al propietario un beneficio al adquirirla, es muy razonable que el usufructuario pretenda que se le reembolse.

El usufructuario está obligado a realizar por su cuenta todo cuanto se requiera para evitar el deterioro de la cosa usufructuada por causas naturales, suprimiendo así el daño que el propietario sufriría de otra suerte; pero no es esto todo; el menoscabo de la cosa puede producirlo la injusticia de otra persona; y hasta puede estar amenazado el derecho del propietario, lo mismo en el objeto que en su propia esencia, por la usurpación que otro realice o por las atribuciones que injustamente se arrogue un tercero sobre la cosa, y de las que en manera alguna puede ser responsable el usufructuario; pero sí debe vigilar, y en todo caso prevenir, o asegurar, los medios de reparar este daño, puesto que es quien posee la cosa

(a) [§ 1.041 del texto definitivo. También el Código suizo (artículos 764 y 765) y el brasileño (art. 733) ponen a cargo del usufructuario las reparaciones y gastos ordinarios de conservación de la cosa; pero el último hace la salvedad en su artículo 734 de que corresponden al propietario, por no considerarse módicos, los gastos superiores a dos tercios del rendimiento líquido de los bienes usufructuados en un año.]

(b) [Artículos 523 y 524 actuales.]

y el único que está en disposición, por tanto, de poder ejercitar esta actividad oportunamente. De ahí la obligación que se le impone de denunciar al propietario cualquier hecho que amenace la integridad de sus derechos; y así lo disponen expresamente, como nuestro Código, el francés (art. 614), el del cantón del Tesino (209), el holandés (849), el sajón (§ 612), el portugués (2.340), el mejicano (1.022), el uruguayo (492) (a), el guatemalteco (1.369), el argentino (2.880), el español (511) y el Proyecto alemán (§ 996) (b).

27. Así como la obligación de participar en los gastos de conservación, se reputa también una natural contrapartida del disfrute la de contribuir a levantar las cargas públicas que pesen sobre el fundo usufructuado. El Código francés (arts. 608 y 609), el holandés (843 y 844), el portugués (2.238 y siguientes), el uruguayo (487 y 488) (c), el guatemalteco (1.359 y siguientes) y el español (504 y 505), hacen como el italiano, y distinguen los *impuestos periódicos* que gravan los frutos, de los *extraordinarios* que gravan la propiedad; los primeros los satisface el usufructuario, y en los segundos debe pagar al propietario los intereses, y cuando sea el mismo usufructuario quien deba pagarlos, habrá de limitarse, al terminar el usufructo, a exigir del propietario el capital desembolsado. El Código argentino (2.894 y siguientes) impone al usufructuario el pago de las cargas periódicas y la contribución también a las cargas que gravan la propiedad, en proporción al valor del usufructo. El Código chileno (art. 796) y el de Zurich (294) no se ocupan de las cargas impuestas sobre la propiedad (o capital), y como los demás, imponen al usufructuario la obligación del pago de las periódicas; el del Tesino (art. 206) le impone el pago de las anuales hasta el importe del valor de los frutos; el Proyecto alemán (§ 1.003) obliga al usufructuario a satisfacer las cargas ordinarias, pero no a contribuir a las impuestas sobre la propiedad (d). Para el Derecho prusiano (I, 21, §§ 80 y 88) y para el austriaco (§ 512), el usufructuario debe pagarlas todas, sin distinción, si para ello es suficiente la renta del fundo. El Código sajón (§ 612) estatuye la obligación ilimitada del usufructuario de levantar todas las cargas impuestas sobre la cosa usufructuada.

(a) [Art. 530 vigente.]

(b) [Código alemán, § 1.042; Código suizo, art. 764, § 2.°]

(c) [Artículos 525 y 526 actuales.]

(d) [§ 1.047 del texto definitivo.]

Sólo el Código de Zurich limita al pago de las cargas públicas la obligación del usufructuario; las demás disposiciones citadas, todas, hablan genéricamente de cargas, o de impuestos y cargas; nuestro Código incluye expresamente entre las cargas periódicas los cánones; el holandés, la renta territorial; el argentino incluye entre las cargas extraordinarias los gastos de cierre y delimitación de los fundos; el Proyecto alemán parifica las cargas de Derecho privado con las contribuciones. Pero no es necesario acudir exclusivamente al criterio de inherencia jurídica al fundo para señalar cuáles son las cargas que total o parcialmente incumbe levantar al usufructuario. Con aquel criterio, lo único que se puede averiguar es la responsabilidad que como posesor del fundo pueda corresponder al usufructuario hacia las personas que ostentan derechos sobre el fundo o derechos asegurados con el valor del mismo; pero no cuál sea la extensión de las obligaciones del usufructuario para con el propietario; y solamente éstas, únicamente la relación entre usufructuario y propietario, y la coexistencia del usufructo con la nuda propiedad es lo que las disposiciones citadas intentan regular. Jurídicamente, es cosa independiente en absoluto de esta obligación la amplitud de aquella responsabilidad; porque al usufructuario puede asistir una acción para repetir lo que haya satisfecho a terceras personas, y al revés, puede estar obligado a reembolsar al propietario cantidades que éste haya satisfecho.

De la *realidad* de las cargas, de la estructura jurídica de las *obligaciones inherentes a la posesión del fundo*, sólo puede inferirse la existencia de un vínculo económico que tengan con el disfrute del predio; puede inferirse que la formación de esta obligación radica en aquellas circunstancias sin las cuales no sería posible el goce de los bienes usufructuados, tanto por el usufructuario como por cualquier otro, o no sería posible en la forma en que el usufructuario los utiliza; en una palabra: que debe deducirse la satisfacción de estas obligaciones del criterio económico que presidió su formación, de la utilidad que sea capaz de dar el fundo; y subsistiendo esta relación económica, es natural que esté consagrada en la constitución del usufructo, y que el usufructuario, ya que le corresponde el disfrute, soporte por sí mismo las obligaciones constitutivas de su condición económica; o sea, dicho en términos que hagan más comprensible la variedad entera de estas relaciones: que debe soportar el usufructuario las obligaciones representativas de una detracción del disfrute anteriormente asegurado a otros, y ya de esto puede inducirse cuál sea la extensión de tales obligaciones.

Pero esta doble inducción sólo puede hacerse a base de la naturaleza diversa que hayan tenido las cargas en los distintos tiempos y en los distintos países. Y esto explica cómo frente al común principio de la responsabilidad del usufructuario como tercer poseedor respecto al acreedor que tenga una hipoteca sobre el fundo usufructuado, muchas legislaciones preceptúan que el usufructuario no participe en el sostenimiento de la carga hipotecaria, dejándole abierto el camino para repetir contra el propietario cuando se le constriña al pago (Cód. italiano, art. 508; francés, 609; holandés, 846; portugués, 2.234; mejicano, 1.117; uruguayo, 489 (a), y argentino, 2.899); y que otras estimen que la función corriente económica del fundo hipotecado es la de procurar, con las utilidades que de él se obtengan, los medios de satisfacer a los acreedores; y, por consiguiente, que aquel usufructuario a quien se le otorga el disfrute de un fundo hipotecado, debe, por razón de este disfrute, contribuir a pagar los intereses de los créditos hipotecarios; imponen esta obligación taxativamente: el Derecho prusiano (I, 21, § 70), el Código austriaco (§ 512), el sajón (§ 612), y el Proyecto alemán (§ 1.003, núm. 3) (b). El guatemalteco (artículos 1.363, 1.364) sólo la impone cuando resulte que el débito fué contraído en beneficio del fundo usufructuado. El de Zurich (art. 297) remite a la interpretación del título constitutivo la existencia o inexistencia de la obligación de que tratamos (c). Pero éstas y otra clase de cargas que las leyes atribuyen al usufructuario pueden ser modificadas en el título constitutivo, porque se trata de disposiciones meramente supletorias.

Si el usufructo tiene por objeto un patrimonio entero o una parte alícuota de él, el pasivo todo, indistintamente, corre a cargo del usufructuario; porque los derechos que le corresponden derivan su garantía del *complexus* formado por el patrimonio, y las utilidades patrimoniales que se obtengan deben aplicarse a la satisfacción de ese pasivo. La mayor parte de las legislaciones que hemos citado colocan al usufructuario en la alternativa, o bien de pagar a los deudores del patrimonio enteramente o proporcionalmente a su

---

(a) [Art. 528 actual.]

(b) [§ 1.047 del texto vigente.]

(c) [Según el Código español, el usufructuario de finca hipotecada no está obligado a pagar las deudas para cuya seguridad se estableció la hipoteca (art. 509); mas en opinión de MANRESA, debe, en cambio, pagar los intereses, si se devengan, por aplicación del art. 504.]

cuota, con derecho a recuperar del propietario el importe de lo desembolsado al finalizar el usufructo, o bien, de dejar que a su elección el propietario pague, pero satisfaciendo a éste los intereses mientras dura el usufructo proporcionalmente a su cuotaparte, o que el dicho propietario venda parte de los bienes usufructuados hasta la concurrencia de las deudas (Código italiano, art. 509; francés, 612; del Tesino, 208; holandés, 845; portugués, 2.235, 2.236; mejicano, 1.019-1.021; uruguayo, 491 (a); guatemalteco, 1.366-1.368; argentino, 2.900, 2.901, y español, 510). El Proyecto alemán (§ § 1.040, 1.043 (b), arrancando de un principio que está afirmado ya en el sajón (§ 633), el de que debe considerarse como objeto de un usufructo constituído sobre un patrimonio entero, el patrimonio mismo, después de deducir las deudas de él, faculta en primer lugar al propietario para liquidar el patrimonio y tomar de él lo necesario para satisfacer los créditos. Independientemente de esto, los Códigos italiano, art. 509; francés, 610; del Tesino, 207; holandés, 847; portugués, 2.232; mejicano, 1.014, 1.015; uruguayo, 489 (c), argentino, 2.898; español, 508, y Proyecto alemán, párrafos 1.041, 1.043) (d), prescindiendo de todo de lo anterior, imponen al usufructuario del patrimonio las cargas anuales que lo gravan, bien íntegramente, bien en proporción a su cuota, según los casos; y alguna legislación, el expreso deber de pagar íntegramente o proporcionalmente los intereses de tales deudas, claro que en cuanto en una de las formas indicadas no se haya satisfecho el capital (Código italiano, art. 509; Derecho prusiano, I, 21, § 71; Código de Zurich, 296, y Proyecto alemán, § § 1.041, 1.043).

28. Importa que se preconstituya prueba del estado de la cosa en el instante en que comienza el usufructo, porque así puede juzgarse acerca de las responsabilidades en que el usufructuario incurra, excediéndose de los límites señalados al disfrute, al faltar a las obligaciones de custodia o conservación que la ley o el título le impongan. Por eso, la mayor parte de las legislaciones citadas ordenan directamente la formación de un inventario por el usufructuario (Cód. francés, art. 600; del Tesino, 199; holandés, 830; chileno, 775; portugués, 2.221, núm. 1.°; mejicano, 993, núm. 1; uruguayo, 477;

(a) [Art. 529 actual.]

(b) [V. § § 1.085 y siguientes del texto definitivo.]

(c) [Art. 527 actual.]

(d) [V. Cód. alemán, § 1.088, y Cód. suizo, art. 766.]

núm. 1 (a); guatemalteco, 1,340, núm. 1; el de Zurich, 289, y español, núm. 1, del 491); otros le obligan indirectamente a hacerlo, sentando la presunción de que ha recibido las cosas objeto del usufructo en buen estado de conservación, cuando no haya inventario (Derecho prusiano, I, 21, § 48; Código austriaco, § 548; Código argentino, 2.846). El proyecto alemán (§ 992) faculta para hacerlo tanto al usufructuario como al propietario (b), pero no da a éste el derecho a exigir que aquél lo haga. En nuestro Código la no exigencia de inventario se interpreta como exoneración de soportar sus gastos; el Código argentino (art. 2.850) declara nula y no puesta tal dispensa, cuando se constituye el usufructo en testamento; el holandés (art. 830) la prohibe asimismo, y en cambio está expresamente autorizada por el español (art. 493) con las palabras ambiguas «cuando de ello no resultare perjuicio a nadie».

29. *Pari passu* con la obligación de inventario surge generalmente la de afianzar, que se dirige a asegurar previamente al propietario contra todo perjuicio que el usufructuario pueda causar. El Derecho prusiano (I, 21, § § 55, 66), el austriaco (§ 520), el Proyecto alemán (§ 1.005) exigen que se afiance sólo cuando la conducta del usufructuario presente peligro para los derechos del propietario (c). Imponen incondicionalmente la obligación de afianzar, antes de que el usufructuario entre a ejercitar sus derechos, el Código francés (arts. 602 y siguientes), el del Tesino (200), el holandés (831 y siguientes), el chileno (775 y siguientes), el sajón (§§ 617 y 622), el portugués (2.221, núm. 2, y siguientes), el mejicano (993, núm. 2, y siguientes), el uruguayo (477, núm. 2, y siguientes) (d), el

---

(a) [Hoy art. 514, núm. 1.°]

(b) [El § 1.034 del Código vigente autoriza al usufructuario, lo mismo que al propietario, para hacer constar a su costa, por peritos, el estado de la cosa; pero el 1.035 añade que cuando se trate del usufructo de un conjunto de cosas, están recíprocamente obligados el usufructuario y el propietario a contribuir a la formación de un estado descriptivo de aquéllas. El Código suizo, artículo 763, concede acción al propietario y al usufructuario para exigir en cualquier tiempo que se haga el inventario, a expensas de ambos.]

(c) [§ 1.051 del Código alemán. También el Código suizo concede al propietario la facultad de exigir garantías en el solo caso de que sus derechos corran peligro; mas, por excepción, le permite reclamarlas, sin necesidad de probar ningún peligro y antes de la entrega, cuando el usufructo recae sobre cosas consumibles o valores.]

(d) [Hoy art. 514, núm. 2, y siguientes.]

guatemalteco (1.340, núm. 2, y siguientes), el argentino (2.851 y siguientes), el de Zurich (291 y siguientes) y el español (491, núm. 2, y siguientes) (a); por lo demás, todos autorizan la dispensa de esta obligación consignada en el título; y en algunos casos, como ocurre a menudo con el del usufructo que se reserva el vendedor o el donante, cuando el título calla sobre el particular, reconocen que hay dispensa implícita; y abiertamente y de un modo expreso excusan de ella a algunos usufructuarios que traen su derecho de la ley, como ocurre por lo general respecto a los padres en cuanto al usufructo de los bienes de sus hijos menores de edad; y todavía el español dispensa de fianza al cónyuge en el usufructo legal que le corresponde sobre los bienes del premuerto (b). Si el usufructuario no cumple la obligación de afianzar, según el Código chileno (art. 777), el de Zurich (292) y el español (494), el propietario está facultado para retener la posesión y la administración de las cosas usufructuadas, si bien ha de entregar la renta al usufructuario después de deducidos los gastos y una indemnización por administrar. El Código holandés (art. 833) subordina el ejercicio de esta facultad a la prestación de una caución al usufructuario por el dueño (c); y el Código mejicano (art. 997) y el guatemalteco (art. 1.345), en el caso de usufructo constituído a título oneroso, disponen lo mismo, pero dejan traslucir que si se trata de usufructo a título gratuíto, el propietario, sin afianzar al usufructuario, puede retener el disfrute o recobrarlo, como puede hacerlo también el tercer adquirente, que, según expresa disposición de estos mismos Códigos (mejicano, artículo 996; guatemalteco, 1.344), no está obligado a observar la dispensa de fianza concedida contractualmente al usufructuario. Si el propietario no quiere encargarse de la administración por cuenta del usufructuario, o se niega a sujetarse a las condiciones que para encargarse de ella le impone la ley, los citados artículos de los Códigos holandés, chileno y español, disponen que se pongan en administración los bienes inmuebles; y el Código holandés y el chileno todavía facultan alternativamente para arrendarlos; en cuanto a las cosas consumibles habrán de ser vendidas, como manda el Código de Zurich, y deberá darse al precio una inversión segura, de suerte

---

(a) [Código brasileño, arts. 729 y siguientes; Cód. venezolano, arts. 584 y siguientes.]

(b) [Salvo en el caso de contraer el cónyuge sobreviviente nuevo matrimonio (art. 492).]

(c) [Igual norma adopta el Código brasileño en su art. 730.]

tal que al propietario se le mantenga íntegro el capital, y el usufructuario perciba la renta, el alquiler o los intereses. En punto a las cosas muebles que sufren un deterioro rápido con el uso, el Código holandés (art. 814), el chileno (777) y el español (495), ordenan su venta, y que al precio se le dé un empleo que ofrezca seguridad al propietario y sea susceptible de provecho para el usufructuario; a éste puede dejársele, aunque bajo juramento de que no sobrepasará los límites señalados a su disfrute, la parte de los bienes muebles necesarios a su uso personal y al de su familia; y según el Código español, con esta fianza especial juratoria, puede también dejarse al usufructuario habitar una parte de la casa que forme parte del usufructo. Si entre los objetos que constituyen éste hay documentos de valor, efectos públicos u otros títulos de crédito, según el Código de Zurich deben depositarse en poder de un tercero, y según el Código español, en un establecimiento público o convertir su importe en inscripciones nominativas.

Estas distintas disposiciones, que las leyes citadas colocan en segundo lugar, cuando el usufructuario no retiene la administración por sí mismo, coinciden sustancialmente con los preceptos que colocan en primera línea, como lo hace el nuestro (arts. 498, 499), los Códigos francés (arts. 602, 603), del Tesino (201), el de Portugal (2.222), el uruguayo (479) (a) y el argentino (2.853, 2.856), los cuales no atribuyen al propietario aquella facultad, aun cuando no prohiben expresamente que el propietario pueda ser nombrado administrador; sólo el Código del Tesino faculta a la autoridad judicial para dejar también el disfrute de los inmuebles al usufructuario, y que el propietario pueda pedir el secuestro o el arrendamiento cuando aquél cometa un abuso grave. Nuestro Código, como el español y el de Zurich, providencia acerca del usufructo de valores y efectos, y, junto con el de España, es el único en admitir que pueda habitar el usufructuario una parte de casa, aunque sin imponerle el juramento (b), y, como el Código del Tesino, tampoco somete al juramento la concesión de disfrutar una parte de los muebles.

En cuanto a dar por caducado el usufructo, como sanción suprema a los abusos que el usufructuario pueda cometer, traspoiendo los límites señalados a su disfrute, olvidando las obligaciones que la ley o el título le imponen, o haciendo peligrar en cual-

(a) [Hoy artículos 516 y siguientes.]

(b) [Sigue en este punto, como en tantos otros, al italiano, el Cód. de Venezuela, art. 585.]

quier forma los derechos del propietario, el Código francés (artículo 618), el holandés (863) y el chileno (809) son, con el nuestro, los únicos que disciernen a la autoridad judicial el derecho a acordar esa medida; a tal fin, se autoriza para que proceda según su prudente arbitrio — que difícilmente tendrá otra ocasión para ejercitarlo en límites más amplios —, permitiendo que, en ese caso, o el dueño recobre sencillamente la administración por cuenta del usufructuario, o, como hacen también el nuestro y el holandés (artículo 862), mandando que se le entregue a un tercero y adoptando otras providencias de las establecidas cuando el usufructuario no afianza. Estas providencias, y no otra cosa, es lo que debe entenderse prevenido en las demás legislaciones para impedir la continuación o reproducción de los abusos. En materia de éstos, el Código portugués (art. 2.849), el mejicano (art. 1.033), el uruguayo (art. 502) (a) y el guatemalteco (art. 1.379) ordenan expresamente que el propietario pueda recobrar la administración y llevarla a cabo por cuenta del usufructuario (b), a condición, por parte de aquél, según los Códigos de Méjico, Uruguay y Guatemala, de afianzar al usufructuario; facultad que, como he hecho notar, el Código portugués y el del Uruguay no reconocen al dueño por el solo hecho de que el usufructuario incumpla la obligación de prestar fianza. Finalmente, y como he indicado también, el Derecho prusiano (I, 21, párrafos 55 y 66), el Código austriaco (§ 520) y el Proyecto alemán (párrafos 1.005, 1.020) únicamente facultan al propietario para exigir caución en el caso de abusos del usufructuario que hagan peligrar los derechos del dueño. Si no la presta, el Código austriaco admite que la autoridad judicial pueda disponer la entrega de los bienes al propietario, satisfaciendo al usufructuario una compensación equitativa, o que se pongan los bienes en administración judicial; el Proyecto alemán indica que se pongan en administración y que, si no es nombrado administrador, quede sujeto a la inspección de la autoridad el mismo propietario (c).

30. En el número 11 hube ya de advertir que hay necesidad de separar claramente las obligaciones que son directa consecuen-

(a) [Art. 540 actual.]

(b) [Igual solución admite el Cód. español, art. 520.]

(c) [§§ 1.051 y 1.052 del Cód. alemán. El Cód. suizo, art. 762, dispone que se entregue por el juez la posesión de los bienes a un curador, cuando el usufructuario no preste las garantías en el plazo prudencial que se le haya fijado al efecto.]

cia del negocio jurídico constitutivo del usufructo, y aquellas otras que, si bien en él tienen su origen, su fundamento no está en la voluntad de los contrayentes, sino en el propio derecho de usufructo, con el cual se relacionan *ope legis*. Por esto, los derechos de obligación que el usufructuario tiene contra el constituyente a título oneroso, para exigirle la pacífica posesión de la cosa usufructuada, o para que le asegure el mantenimiento de ésta en condiciones de obtener la esperada utilidad, tales derechos — repetimos — se derivan de una expresa o tácita promesa del constituyente, que tiene por causa la prestación correlativa que se haya obligado a hacer el usufructuario; y no pueden incluirse en la categoría de las facultades que al dicho usufructuario, en cuanto tal, corresponden. A pesar de ello, algunos Códigos incluyen entre las normas reguladoras del usufructo los preceptos relativos a aquellos derechos; así, el mejicano (artículos 1.008 a 1.010) y el guatemalteco (1.356 a 1.358), cuando se constituye el usufructo a título oneroso, obligan al propietario a satisfacer cuantas reparaciones sean necesarias para que el usufructuario pueda disfrutar de la cosa durante el tiempo convenido. Si hubiéramos de interpretar a la letra estas disposiciones especiales, parecería que los Códigos citados hacen de las obligaciones derivadas del negocio jurídico constitutivo del usufructo, no obligaciones personales del constituyente o de sus sucesores a título universal, sino obligaciones que se dan siempre y contra cualquiera que adquiera la propiedad de los bienes sujetos al usufructo, y que, por tanto, la constitución de éste a título oneroso, crea un *derecho de obligación real*, o sea el derecho del usufructuario a una prestación positiva y reclamable en consideración a la propiedad que el deudor tenga de una cierta cosa. El Código argentino (2.915), de manera análoga, establece que cuando el usufructo se constituya a título oneroso, no el constituyente, sino el nudo propietario, es el que viene obligado a asegurar su pacífico disfrute.

Otras obligaciones de los usufructuarios para con el propietario son aquellas cuyo fundamento jurídico está, no en el título constitutivo, sino en la actividad misma del usufructuario, ejercida en beneficio del dueño. Al cumplir una obligación que incumba al propietario, al realizar un trabajo o satisfacer un gasto que el mismo propietario hubiera debido hacer como prudente administrador si hubiese dispuesto del goce de la cosa, el usufructuario asume el papel de gestor de negocios sin mandato, y en tal concepto adquiere derechos, como puede asumir obligaciones, que no son, en modo

alguno, consecuencia necesaria de la relación existente entre usufructuario y propietario a virtud de tal usufructo. El·Código austriaco (§ 517) y el Proyecto alemán (§ 1.010) (a) reservan al usufructuario, en términos generales, expresamente, y por las mejoras que en interés del propietario haga, los derechos que pudieran competer a un gestor de negocios.

Cuando no concurran las circunstancias propias de la gestión de negocios, principalmente porque aparezca que el trabajo o los actos hechos por el usufructuario no se encaminaron a otra cosa que a la satisfacción exclusiva de un interés suyo propio, también puede asegurársele un derecho de repetición frente al propietario, si la consecuencia de estos trabajos o estos gastos da por resultado un aumento del patrimonio del último a que no tenía derecho alguno. Y en aplicación de este principio, legislaciones distintas atribuyen expresamente al usufructuario el derecho a reembolso, cuando satisfaga cargas que pesaban sobre la propiedad (Cód. italiano, artículos 507, 508, 509; Derecho prusiano, I, 21, § 88; Cód. francés, artículos 609, 611, 612; holandés, 844, 845, 846; portugués, 2.239; mejicano, 1.013, 1.019; uruguayo, 488, 491 (b); guatemalteco, 1.362, 1.366; argentino, 2.899, 2.900; español, 505, 509 y 510), y cuando haga reparaciones que correspondían al propietario (Cód. italiano, 502; chileno, 797; portugués, 2.229; uruguayo, 486 (c); español, 502). Y respecto a estas obligaciones del propietario, sirve también de *ocasión*, no de *causa*, el derecho de usufructo; su fundamento jurídico está en un hecho voluntario del usufructuario, que el usufructo le brinda oportunidad de efectuar.

El influjo que sobre esta clase de obligaciones tiene el derecho de usufructo, no es precisamente en el sentido de determinar su formación, sino que más bien va dirigido a impedir que se constituyan o que tomen aquel desarrollo que adquirirían de no mediar dicho derecho. Tal sucede con las relativas al enriquecimiento del propietario derivado de las mejoras realizadas en la cosa por el usufructuario. El Código sajón es el único que, después de asegurar implícitamente al usufructuario el derecho a retirar, cuando quiera y cuando pueda, las mejoras hechas, le otorga, si hubieren de quedar a beneficio del propietario, el derecho a ser reembolsado íntegramente y en la proporción de los beneficios que éste reciba, a la

(a) [§ 1.049 del texto alemán vigente.]
(b) [Hoy arts. 526 y 529.]
(c) [Art. 524 actual.]

manera como sucede con el poseedor de buena fe (§ 616 y 316). El portugués (art. 2.220), el argentino (2.874) y el español (488), que conceden igualmente al usufructuario la facultad de mejorar y el derecho a retirar las mejoras, no le conceden, sin embargo, el de reembolso, aunque ellas quedan a beneficio del propietario, sino sólo la facultad de exigir de éste que le sea compensado su importe con la indemnización que pudiera deberle por desperfectos de la cosa. El Código guatemalteco (art. 1.338) y el mejicano (990), no obstante reconocer el derecho a mejorar y retirar las mejoras, niegan expresamente al usufructuario el derecho a que le sean compensadas, en forma alguna, las mejoras con que se beneficie el propietario.

En cuanto a las legislaciones que frente al poder del usufructuario para mejorar pretenden garantizar o dejar a salvo el derecho de accesión y la facultad consiguiente del propietario a retener las mejoras, sólo el Código de Zurich (arts. 131 y 132) y el Proyecto alemán (§ 936 y 1.010) le dan derecho a aquél a ser indemnizado por las mejoras en la proporción en que enriquezcan al propietario; y el Proyecto germánico aún le da derecho a retirarlas si las ventajas que podría proporcionarle esto superan al valor que tendría que satisfacerle el propietario (a). El Código chileno (art. 801) y el uruguayo (475) (b) conceden en primer lugar al usufructuario el derecho únicamente de compensación del importe de los deterioros con el aumento del valor en que han acrecido el de la cosa usufructuada, sin las limitaciones del nuestro, para el que son compensables únicamente aquellos menoscabos sufridos por la cosa sin culpa grave del usufructuario; y en segundo lugar, los dos Códigos últimamente citados, como el nuestro, dan derecho a exigir del propietario el abono de las mejoras que no sean compensadas con los deterioros; pero sólo en cuanto importe el beneficio que de retirarlas podría obtenerse, y el derecho, desde luego, a retirarlas si el propietario se niega a este abono. El Código holandés (art. 826) sólo admite el derecho a compensar deterioros con mejoras, las cuales, sin embargo, en todo caso, está obligado a abandonar el usufructuario; el Código francés no admite siquiera esta compensación, y es tan grave para el usufructuario la aplicación inexorable de este principio, que se comprende el esfuerzo que hace la doctrina para restringir el concepto de mejoras no compensables ni in-

(a) [§ 1.049 del Código alemán y art. 753 del suizo.]

(b) [Art. 512 actual.]

demnizables y abandonar las mejoras resultantes de construcciones o plantaciones nuevas al libre juego de los principios generales sobre los efectos de la accesión y la obligación del propietario de resarcir a su autor.

En esta reseña hay que conceder lugar especial al Derecho prusiano y al Código austriaco, porque éstos son los Cuerpos legales únicos que consagran la obligación de prestaciones positivas al usufructuario por parte del propietario, fundadas sola y exclusivamente en el propio derecho de usufructo (prescindiendo de las disposiciones ambiguas citadas de los Códigos mejicano, guatemalteco y argentino acerca del usufructo a título oneroso), y entre estas obligaciones está la de satisfacer el propietario los gastos precisos para la conservación de la cosa, siempre que superen a los productos de ella, según el Código austriaco, o que rebasen aquella cuarta parte de los mismos que, según el primero, está obligado a dedicar a su sostenimiento el usufructuario. (Código austriaco, § 512; Derecho prusiano, I, 21, § 55 y 66); en tanto que en las demás legislaciones — salvedad hecha siempre de la distinción entre usufructo oneroso y gratuito en los Códigos mejicano y guatemalteco — aquellos gastos que no tiene obligación de satisfacer el usufructuario, se dejan a cargo del propietario, pero sin que éste asuma, con respecto al usufructuario, la obligación de realizarlos (1). Estos principios del Derecho prusiano y del Código austriaco no se aplican únicamente a los gastos necesarios para la conservación de la cosa en el estado en que se encontraba al comenzar el usufructo, sino a todos los gastos necesarios para mantenerla en condiciones de servir al usufructuario (Código austriaco, § 514; Derecho prusiano, I, 21, § 58 y siguientes, 61 y 63); es decir, que se equiparan a los gastos necesarios de reparación algunas de aquellas obras que en el espíritu de otras legislaciones se incluyen en la categoría de gastos meramente útiles; cosa aplicable, según el Derecho prusiano, al caso de verdaderas mejoras impuestas por Ordenanzas locales (I, 21, § 128; I, 18, § 238). Unicamente aquellas mejoras que carezcan de este carácter, y cuyo importe, por consiguiente, no esté obligado a satisfacer el dueño al usufructuario, son las que tiene derecho éste a retirar (véase núm. 21), o según la reserva poco ha notada, en el Código

(1) Véase para el Derecho prusiano DERNBURG, ob. cit., § 282, núm. 3; para el Código austriaco resulta clara en el § 515 la obligación del propietario con el usufructuario, pues éste puede exigir a aquél una indemnización por el disfrute que han estorbado obras no ejecutadas por él.

austriaco (véase *supra* ps. 56 y 57) el derecho a repetir cuando haya obrado como gestor de negocios en interés del propietario.

31. Reconocen el derecho a ceder el de usufructo, el Código francés (art. 595), el holandés (819), el chileno (793), el portugués (2.207), el uruguayo (474) (a) y el español (480); pero no deja de discutirse si han querido realmente modificar el principio del Derecho romano, que admitía la transmisión del ejercicio del usufructo, pero no la del derecho mismo, o si es que las citadas disposiciones designan con poca propiedad la cesibilidad del ejercicio (b). En este segundo concepto es como hay que entender probablemente la cesibilidad del usufructo de que habla el § 1.257 del Código austriaco, ya que el 485 prohibe que las servidumbres en general, de las cuales no es sino una especie el usufructo, puedan transferirse a otra cosa o a otra persona. Y tampoco parece indiscutible si es posible la cesión del derecho dentro de aquellas legislaciones que, si no lo tratan expresamente, tampoco lo prohiben. La diversidad de efectos que producen la transmisión del ejercicio y la transmisión del derecho, es asimismo objeto de dispares interpretaciones; así, el Código chileno (art. 793), el portugués (2.224) y el uruguayo (483) (c), que reconocen la cesibilidad del derecho, mantienen expresamente responsable al cedente para con el propietario; pero conservan también dicha responsabilidad el mejicano (999), el guatemalteco (1.547) y el argentino (2.870), que hablan sólo de la transmisión del ejercicio. Y por otra parte, el Derecho prusiano, que únicamente reconoce la transmisión del ejercicio (I, 21, § 110), declara que el derecho del cesionario toma carácter *real* con la inscripción en el Registro de inmuebles, si se trata de esta clase de bienes, o con la toma de posesión, si fuesen muebles. Niega con precisión la cesibilidad del derecho y prohibe que se interprete como cesión de su ejercicio, el § 600 del Código sajón; y por el contrario, el § 1.111 del Proyecto alemán rompe definitivamente con la tradición de la doctrina ro-

(a) [Art. 511 actual].

(b) [En Derecho español, los intérpretes antiguos consideraban permitida la enajenación del derecho a percibir los frutos en el usufructo, pero prohibida la del usufructo mismo. En el Derecho vigente, no hay lugar a tales distinciones. Así, la ley Hipotecaria de 16 de Diciembre 1909, en el núm. 2.° del artículo 107, admite que se pueda hipotecar el *derecho de usufructo*, en vez de hablar, como la ley anterior, del *derecho a percibir los frutos*.]

(c) [Art. 521 actual.]

mana y reconoce de modo explícito la transmisibilidad del derecho de usufructo (a).

Sea cualquiera el modo en que se autorice al usufructuario para disponer de su derecho, constituye un principio universalmente reconocido el de que éste representa un elemento de su patrimonio y que, por consiguiente, los acreedores del mismo pueden ver satisfechos sus créditos embargando las rentas o instando la venta del propio usufructo o de su ejercicio; así resulta, entre otras, de las disposiciones que reconocen a los acreedores el derecho a oponerse a una renuncia del usufructo hecha en fraude de sus derechos (Cód. francés, art. 622; del Tesino, 213; portugués, 2.242; mejicano, 1.026, núm. 6; guatemalteco, 1.373, núm. 6; uruguayo, 499, núm. 5) (b), o a pedir que se revoque cualquiera enajenación del usufructo, aun cuando no aparezca intención fraudulenta en el usufructuario (argentino, art. 2.933), o a afianzar en lugar del usufructuario para impedir que por causa de sus abusos se le declare decaído de su derecho (holandés, 863), o a instar el secuestro del usufructo en su beneficio (Cód. chileno, art. 803).

32. Por último, vamos a ocuparnos de las fuentes del usufructo. En casi todas las legislaciones citadas, juntamente con el usu-

---

(a) [Esta solución fué rechazada en el 2.° proyecto, y hoy el § 1.059 dice terminantemente: «El usufructo no es susceptible de cesión; pero su ejercicio puede ser abandonado a un tercero». La Exposición de Motivos justifica esta disposición, alegando que los casos más frecuentes y de mayor importancia práctica son los del usufructo constituído por testamento, en particular el del cónyuge sobreviviente y el de alimentos. «La situación — dice — de un usufructuario de este género con respecto al propietario tiene carácter de confianza personal, con el que no se aviene bien el poder un usufructuario colocar, por enajenación de su derecho, en lugar suyo a otro.» El criterio del Código alemán ha obtenido un triunfo completo en las legislaciones civiles más modernas. El Código suizo sigue su misma solución, diciendo en el art. 758 que «el usufructuario cuyo derecho no tenga un carácter estrictamente personal, puede transferir el ejercicio a un tercero; en este caso, el propietario puede hacer valer sus derechos directamente contra el cesionario.» Significa este precepto, como dice WIELAND (*Les droits réels dans le Code civil suisse*, t. I, pág. 556), que el usufructuario no puede transferir a otro más que el *derecho personal* de ejercer las facultades derivadas del usufructo. Finalmente, el Código del Brasil expresa, en su art. 717, que «el usufructo sólo se puede transferir, por enajenación, al propietario de la cosa; pero su ejercicio puede cederse por título gratuito u oneroso».]

(b) [Art. 537, núm. 5.°, en la edición vigente del uruguayo.]

fructo constituído por actos *inter vivos* o *mortis causa* (Cód. francés, art. 579; austriaco, § 480; del Tesino, 184; holandés, 806; chileno, 766; sajón, § 644; portugués, 2.198; mejicano, 964; guatemalteco, 1.312; uruguayo, 458 (a); argentino, 2.812; de Zurich, 277; español, 468 y Proyecto alemán, 982, 983 (b), encontramos un usufructo que tiene la ley por fundamento inmediato. El caso más común es el del usufructo del padre o de la madre que ejerzan la patria potestad sobre los bienes o parte de ellos de sus hijos menores, y lo reconocen, con variedad de extensión y en diversas normas, el Derecho prusiano (II, § 168), el Código francés (384 y siguientes); el del Tesino (103, núms. 3 y 4), el holandés (366), chileno (243), sajón (§ 1.811), portugués (145), mejicano (401 y siguientes), guatemalteco (núm. 6 del 287), español (160) y el Proyecto alemán (§§ 1.516 y siguientes) (c). Otra clase análoga de usufructo legal es el que varios Derechos de Alemania reconocen al marido sobre los bienes que la mujer poseyera al contraer matrimonio o que adquiera durante éste: Derecho prusiano, II, 1, § § 614 y siguientes; sajón, § § (1.655 y siguientes; de Zurich, art. 593, y Proyecto alemán, § § 1.292 y siguientes) (d).

También tiene por fundamento inmediato la ley aquel usufructo que algunas legislaciones reconocen al cónyuge supérstite en la sucesión *ab intestato* del otro sobre una parte de la herencia, como hace el Código austriaco (§ 757). El Código del cantón de Zurich (art. 901) reconoce al cónyuge supérstite, tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria, y según también la clase de otros herederos legítimos con que concurra a ella, una parte de la herencia en propiedad y una parte en usufructo cumulativamente, o parte en propiedad y parte en usufructo, de un modo alternativo; el español asigna siempre una cuota en usufructo en la sucesión testamentaria (arts. 807, 834 y siguientes); en la legítima una cuotaparte en usufructo si concurre con descendientes, ascendientes, hermanos y sobrinos, y a falta de todos éstos, lo llama a la propiedad de toda la herencia (arts. 946 y siguientes). La ley francesa de 9 de Marzo de 1891, revocatoria de los artículos 767 y 205 del Código de Na-

---

(a) [Art. 495 actual.]

(b) [V. § § 1.032 y 1.033 del Cód. alemán vigente.]

(c) [Código alemán, § § 1.649 y siguientes; Código suizo, arts. 292 y siguientes; Código brasileño, arts. 398 y siguientes; Código venezolano, arts. 294 y siguientes.]

(d) [Código alemán, § § 1.383 y siguientes; Código suizo, art. 201.]

poleón (a), mantuvo la vocación del cónyuge en la totalidad de la herencia a falta de herederos legítimos, y para el caso de concurrir con otros herederos, le asigna en usufructo una parte alícuota de la herencia (1).

Según el Código argentino (art. 237), al padre que hereda a un hijo y teniendo otros más contrae segundas nupcias, le corresponde entonces sólo el usufructo de los bienes heredados.

A la constitución voluntaria del usufructo son opuestos aquellos preceptos legales existentes en algunas legislaciones acerca de la adquisición de este derecho derivada de su constante ejercicio. Únicamente el Código sajón (§ 647) prohibe expresamente que se adquiera por prescripción; en cambio, expresamente también, recono-

---

(a) [Posteriormente, la ley de 29 de Abril de 1925 ha vuelto a modificar el art. 767 del Código francés. El derecho de usufructo vidual consiste: en una cuarta parte, si el causante deja uno o varios hijos; en una parte igual a la que perciba el hijo menos favorecido, sin que pueda exceder de la cuarta, si el causante tuviese hijos nacidos de un matrimonio anterior; en una mitad, si el causante dejase hijos naturales o descendientes legítimos de hijos naturales, hermanos o descendientes de hermanos o ascendientes; y en la totalidad, en los demás casos.]

(1) Las demás leyes citadas o atribuyen al cónyuge supérstite una cuota del haber hereditario en propiedad, tanto en la sucesión testamentaria como en la legítima, en concurrencia con los demás herederos (Cód. sajón, § § 2.049 y siguientes, 2.578 y siguientes; Cód. argentino, arts. 3.570, 3.595; Proyecto alemán, § § 1.971, 1975) (a) o sólo lo llaman en la sucesión legítima, en defecto de descendientes (Cód. chileno, arts. 983 y siguientes; Cód. uruguayo, 988 y siguientes) (b), o a falta de descendientes y de ascendientes (Cód. mejicano, artículos 3.885 y siguientes; Cód. guatemalteco, 953), reservándole también en la sucesión testamentaria, y en la legítima de la que quede excluído, una parte, a condición de que carezca de bienes suficientes para su sostenimiento (Cód. chileno, 1.172 y siguientes; Cód. uruguayo, 836 y siguientes (c); Cód. mejicano, 3.909 y siguientes), o reservando a la viuda solamente este beneficio (Código guatemalteco, 983); o lo llaman a recibir la herencia entera cuando no haya testamento y a falta de descendientes, ascendientes, hermanos y sobrinos (Cód. portugués, 2.003) o concurren a la sucesión en este solo caso con los demás parientes legítimos (Cód. del Tesino, art. 457), o recibe la totalidad de la herencia en defecto de parientes legítimos (Cód. holandés, art. 879).

(a) [§§ 1.931 y siguientes del Código alemán. El Código suizo, arts. 462 y siguientes, concede al cónyuge, en concurrencia con otros herederos, el derecho de reclamar, a su elección, una cuota en propiedad o una cuota en usufructo, pudiendo optar también por una renta anual equivalente a dicho usufructo.]

(b) [Hoy arts. 1.026 y siguientes.]

(c) [Hoy arts. 874 y siguientes.]

cen el derecho a usucapirlo, el austriaco (§ 480), el chileno (art. 766), el mejicano (764), el guatemalteco (1.312), el uruguayo (458) (a), el argentino (2.812) y el español (468). Aun cuando estas disposiciones estén formuladas en términos generales, no pueden, sin embargo, ampararse en ellas todas las clases de usufructo; ni el de cosas fungibles, porque la obligación de restituir el equivalente de las mismas, no es susceptible de ser poseída ni usucapida; ni el de derechos, que, como los de obligación, tampoco pueden usucapirse mediante posesión. Sólo con respecto al Código austriaco ha creído algún intérprete que puede admitirse la usucapión en materia de derechos de obligación que tengan por objeto prestaciones periódicas, y consiguientemente, la usucapión del usufructo de créditos de esta clase (1); y esta ampliación de la prescripción adquisitiva o usucapión del usufructo, la admiten generalmente los intérpretes del Derecho prusiano, que reconoce de modo explícito la usucapión respecto a los derechos de obligación que recaen sobre prestaciones periódicas (2), aun cuando no exista disposición especial sobre la prescripción adquisitiva del usufructo. A falta de disposición específica, hay que aplicar igualmente a la adquisición del usufructo por prescripción, los principios de las varias legislaciones acerca de la prescripción adquisitiva en general; y excluir en el sistema del Código francés, del del Tesino, del holandés, del portugués y del de Zurich, como en el nuestro, la posibilidad de usucapir un usufructo sobre derechos personales, y reconocer la usucapión cuando recaiga el usufructo sobre cosas corporales y derechos reales. El Proyecto alemán excluye de un modo absoluto la usucapión de derechos inmobiliarios, y por consiguiente, del usufructo constituído sobre ellos, fiel al sistema de Registro, para el cual no son tutelables los derechos no inscritos en los libros de esta clase, y considera que está suficientemente defendido el inscrito sin derecho, mediante la prescripción extintiva de las acciones reivindicatoria o negatoria. En materia de bienes muebles, reconoce que puede ser usucapida la propiedad, pero no el usufructo (3) (b).

(a) [Art. 497 actual.]

(1) HANAUSEK, *d. Lehre v. uneigentl. Niessbr.*, § 18, nota 4; *contra:* UNGER, *Syst. d. österr. allgem. Privatr.*, I, § 62.

(2) DERNBURG, ob. cit., I, § 62.

(3) V. *Motive zu dem Entw.*, t. III, págs. 306 y siguientes, 317 y ss., 496.

(b) [Según el Código suizo (art. 746), la constitución del usufructo se realiza conforme a las reglas relativas a la adquisición de la propiedad mobiliaria, si se trata de cosas muebles, y a las de la inmobiliaria, si se trata de bie-

33. Con la tenencia vitalicia *(estate for life)*, hay en el Derecho inglés una institución que ofrece cierta semejanza con el usufructo, aun cuando hay diferencias muy acusadas, que acentúan algunas leyes recientes, por lo cual, si bien puede ser interesante y útil compararla con nuestro usufructo, no cabe hacerlo aplicando igual método que el que hemos seguido para confrontar nuestra institución con las legislaciones del continente europeo y de la América española: su examen requiere un lugar aparte.

Para fijar primeramente su extensión objetiva, tengamos presente, ante todo, que la ley inglesa establece dos sistemas de derechos, diferentes por su naturaleza, título y modo de adquisición, fundados en la distinción de los *bienes* en *personales* y *reales*, que no coincide con la nuestra de bienes muebles e inmuebles (1), aunque con ella guarde cierta correspondencia.

La propiedad de los inmuebles ofrece dos figuras distintas: tenencia libre *(freehold)* o tenencia consuetudinaria *(copyhold)*, cuyo origen está en las dos diversas maneras de concesiones feudales: *franco-socage*, a los hombres libres que juraban fidelidad; *villanage*, concesión a los siervos, que se obligaban a la prestación de servicios personales a voluntad del concedente, y que de tan primitivo carácter precario, va poco a poco perfilándose, conforme a las costumbres del feudo, y cuyo título se encuentra en el registro *(copy)* del tribunal feudal. Las leyes fueron facilitando la conmutación de las obligaciones del *copyholder* por prestaciones pecuniarias fijas, y más recientemente la transformación de la tenencia consuetudinaria en tenencia libre; la condición del *copyholder*, salvo una mayor intervención del concedente, ha venido a resultar con leve diferencia, análoga a la de nuestros enfiteutas (2).

Cada una de estas dos clases de propiedad puede distinguirse a su vez según la cantidad de derechos que comprende; frente al *freehold* o al *copyhold in inheritance*, o sea a la tenencia libre y consuetudinaria hereditaria (en la que hay que distinguir también el *fee simple*, feudo simple, y el *fee tail*, feudo incompleto *(monco)*, según que la transmisión hereditaria sea libre o esté vin-

---

nes inmuebles, requiriendo en este último caso la inscripción en el registro territorial. V. el art. 728 para la usucapión del usufructo sobre bienes muebles, y los 661 y 662 para la del usufructo sobre inmuebles.]

(1) STEPHEN, *Comm. on the laws of England*, fundados en parte sobre los de BLACKSTONE (10.ª ed, Londres, 1886, l. II, p. I, c. I y l. II, p. II, c. I.)

(2) STEPHEN, ob. cit., l. I, p. I, c. II y c. XXII.

culada en una o algunas categorías de herederos), hay el *estate for life (freehold* y *copyhold for life)*, esto es, la tenencia vitalicia (1).

Las facultades temporales *(estates less than freeholds)* que forman el contenido de los derechos del arrendatario por un plazo mayor o menor, se reputa que tienen por objeto el inmueble, pero se incluyen y clasifican entre las *things personal, goods and chattels*, o sea entre los bienes muebles, como *real chattels* (cosas muebles o personales con un cierto tinte de «realidad») (2).

Y en ninguno de los *goods and chattels* se concibe una doble manera de pertenencia legal, con duración vitalicia, una en beneficio de una persona, y otra, de duración ilimitada, en favor de otra distinta. Lo mismo puede decirse de los bienes incorporales, que son incluídos entre las *things real* o las *things personal;* de un lado, servidumbres, diezmos, anualidades de canon, derechos de patronato; y de otro, derecho de patentes y de exclusivas (3). Por eso no puede hablarse de una institución análoga a nuestro usufructo fuera de los bienes inmuebles corporales (a).

Ahora bien; para servir los fines económicos de nuestro usufructo hay una institución creada por la jurisprudencia inglesa, que merced a la obra de los Tribunales de equidad ha extendido su influjo a todos los campos del Derecho privado; nos referimos a los *trusts* o fiducias. *Trustee* o fiduciario es la persona a la cual se inviste de la propiedad legal de una cosa o de un derecho para que, conforme a la intención del concedente, por actos *inter vivos* o de última voluntad, entregue a otra sus productos *(cestui que trust, cestui que use)* (4).

---

(1) *Op. cit.*, l. II, p. I, c. III y IV.

(2) *Op. cit.*, l. II, p. I, c. V (t. I, pág. 180).

(3) *Op. cit.*, l. I, p. I, c. XXIII; v. también el c. II *in fine*.

(a) [La reciente ley inglesa sobre derecho de propiedad *(Law of property Act)*, aprobada en 29 de Junio de 1922 para entrar a regir el 1.º de Enero de 1925, ha modificado y simplificado mucho el sistema — de espíritu feudal y trama complicadísima — a que se refiere aquí el autor. Las antiguas formas de la propiedad *real* y *personal* han quedado fusionadas, y ha sido abolida la tenencia consuetudinaria *(copyhold)*, quedando sólo subsistentes la tenencia libre *(freehold)* y la tenencia a plazo *(leasehold)*. V. PÉREZ SERRANO, *La reforma de los regímenes jurídicos de la propiedad inmueble y de la sucesión intestada en Inglaterra (ley de 1922-1925)*, en la *Revista de Derecho Privado*, t. XI, páginas 321 y siguientes.]

(4) *Op. cit.*, l. I, p. I, c. IX.

De la fiducia pueden ser objeto toda clase de bienes o de derechos (1), y entre las múltiples funciones que la fiducia puede desempeñar se cuenta la de asegurar al beneficiario *(cestui que trust)*, no bajo la protección de la ley, sino del Tribunal de equidad *(in equity*, no *at law)*, durante su vida o por tiempo determinado, cuantas utilidades pueda dar la cosa. El beneficiario *(cestui que trust)* no tiene más acción que la de acudir ante el Tribunal de equidad contra el fiduciario *(trustee)*. En esto, como en todo lo demás, el fiduciario no es otra cosa que un ejecutor de la voluntad del disponente; y él, o el que le suceda, son quienes deben entregar las utilidades que la cosa produzca al designado por el causante, después de cesar el disfrute temporal o vitalicio del primer beneficiario. Hoy se da ordinariamente a esta clase de disposiciones el nombre de *trader's settlement*, o fideicomiso comercial; la palabra *settlement* significa toda disposición de bienes establecida sucesivamente a favor de distintas personas o que establezca el orden en que deben ser llamadas, y el calificativo de *trader's* (de comerciante) sirve para indicar que comprende bienes destinados a cambiarse, y, por tanto, *things personal* o *things real* que el *trustee* puede vender para invertir su importe en *things personal* (2).

Como nuestro usufructo, la tenencia vitalicia puede establecerla la voluntad de las partes o la ley (3). Está fundado en la ley *the estate by the curtesy of England*, el derecho vitalicio que los Tribunales de Inglaterra reconocen al marido supérstite sobre los bienes que la difunta mujer poseía en feudo simple o en feudo imperfecto cuando del matrimonio ha nacido un hijo capaz de suceder a la madre; derecho que adquiere potencialmente *(initiate)* por el nacimiento del hijo y que no se extingue por que éste premuera a la madre (4). Fúndase también en la ley *the estate in dower* la tenencia vidual que corresponde a la mujer supérstite en el tercio de los bienes dejados por su premuerto marido. Pero el Estatuto de 1833 sobre viudez ha alterado completamente la naturaleza de este *estate*, dando eficacia respecto de la mujer a todos los actos *inter vivos* o de última voluntad por los cuales haya dispuesto el marido de sus bienes o la haya obligado; no es, por tanto, hoy eficaz el derecho concedido a la mujer sobrevi-

(1) *Ibidem*, t. I, p. 373.
(2) *Op. cit.*, l. II, p. I, c. XXIV *in fine* (t. I. páginas 737 y 738).
(3) *Op. cit.*, t. I, p. 254.
(4) *Op. cit.*, t. I, ps. 264 a 267.

viente, sino contra los herederos *ab intestato* de su marido (1) (a). Como hemos dicho más arriba, la constitución voluntaria de una tenencia vitalicia puede hacerse en acto *inter vivos* o de última voluntad; pero, generalmente, su constitución no es más que una de las cláusulas de un *settlement*, que comprende varios órdenes de sustitución.

34. La recientísima legislación inglesa es completamente opuesta también a toda limitación del derecho a fijar mediante contrato o acto de última voluntad el destino de la propiedad para una serie de generaciones (2).

Y los graves inconvenientes económicos resultantes de la inmovilización de la propiedad en manos de poseedores temporales, que ningún interés tienen en hacer sacrificios para mejorar y hacer más productiva la tierra, ni posibilidad de disponer libremente de ella y de concentrar sobre una parte tan sólo de sus bienes su actividad, jamás se ha pensado en obviarlos dificultando o entorpeciendo la posibilidad de constituir esta propiedad temporal. Se creyó poner remedio en tal sentido (especialmente con el *Settled Land Act* de 1877), ampliando las facultades de los *trustees* o fiduciarios, a quienes no se atribuía, como en el fideicomiso comercial, la propiedad legal de los bienes, siendo llamados por el disponente o por la autoridad judicial a velar por los intereses permanentes de la propiedad y, por lo tanto, sobre los intereses de los sustituídos, contrastando para ello la gestión del propietario temporal. Y más recientemente aún, y ante la deficiencia de estos remedios y la inercia de los *trustees*, remisos sobre todo en asumir responsabilidades, hubo que resolverse a ampliar las facultades de los mismos propietarios temporales, aunque manteniendo su gestión subordinada al control de los *trustees* o de la autoridad judicial y, además, a un organismo administrativo especial *(Land Commissioners)*; tal es el

---

(1) *Op. cit.*, t. I, ps. 267-279.

(a) [La ley de 1922-1925 modifica profundamente el régimen de la sucesión intestada y da al traste con las antiguas diferencias entre la legítima de la viuda y la del viudo, concediendo al cónyuge derechos tan importantes como el usufructo de la mitad de los bienes, si hay descendientes, y el de todo el patrimonio en caso contrario.]

(2) GIGOT, en el *Bull. de la Soc. de Législ. comparée*, t. IX, páginas 325 y siguientes.

espíritu del *Settled Land Act* de 1882 (1), modificado por el *Settled Land Act* de 1884 y por la Sección 11 del Estatuto sobre casas obreras de 1885 (a).

Ya en el Derecho anterior el *tenant for life* era reputado propietario más bien que titular de un derecho sobre cosa ajena; por lo tanto, la comparación de su posición con la de un usufructuario debía naturalmente aparecer, porque el problema fundamental que trataban de regular las indicadas normas era idéntico: la conciliación de los derechos que sobre la cosa misma y en distintos períodos de tiempo corresponden a diversas personas. Tan cierto es esto, que varias legislaciones germánicas y el Proyecto de Código alemán, que han abandonado la construcción jurídica romana del fideicomiso y reconocido un derecho real al fideicomisario, no un derecho de obligación a la restitución de la cosa contra el fiduciario, para señalar las facultades de éste han recurrido a las normas reguladoras del usufructo (2). Sólo que las disposiciones de los últimos *Settled Land Acts* atribuyen al *tenant for life* — cualquiera que sea el título en cuya virtud posea —, exceptuada la viuda (que no tiene un derecho real, y, por tanto, en cuanto a la extensión de sus facultades queda sujeta al Derecho anterior), verdaderos y propios derechos de disposición, bajo la vigilancia, sin embargo, de la autoridad judicial o administrativa; y por ello la figura jurídica es harto diferente de la del usufructuario. Puede realizar cuanto competa a los intereses del sustituto, y no sólo arrendar bienes por veintiún años, y hacer concesiones de minas por sesenta o contratos de superficie por noventa, sino vender y obligar los bienes mismos en todo o en parte, con la única excepción de la casa-habitación principal, invertir el precio en la forma prevenida por los Estatutos, o en liberar los bienes de las cargas que pesen sobre ellos, o en las mejo-

---

(1) Véase un resumen en el *Annuaire de la Soc. de Lég. comparée*, tomo XII, páginas 63 y siguientes.

(a) [Afecta también a esta materia la citada ley de 1922-1925, que reforma las de 1882 a 1890 acerca de la propiedad inmueble vinculada, las de 1881 a 1911 sobre enajenación de inmuebles y la de 1893 sobre comisarios *(trustees)*. Siguiendo el sistema ya iniciado en estas disposiciones, se faculta a los propietarios vitalicios para transferir los bienes en tenencia libre o a plazo, salvaguardándose los derechos de los demás interesados mediante la entrega del precio correspondiente a unos *comisarios* que obren a nombre de ellos.]

(2) Véase Derecho prusiano, I, 12, § 466; Código austriaco, § 513; Código sajón, § 2.515; Proyecto alemán, § 1.815; comp. *Motive*, *Vorbemerk.* al l. V. tít. III y ad. § 1.815. — Véase, además, l. II, c. I, § 2.

ras determinadas en las leyes; facultades que las precedentes, todas del actual reinado, de diversas maneras habían creado o facilitado al propietario temporal. Es nula e ineficaz la renuncia convencional a las facultades concedidas en los Estatutos, y nula e ineficaz también toda cláusula del acto constitutivo que excluya o restrinja estas facultades (1).

Esto no obstante, subsisten en vigor los preceptos del Derecho anterior acerca de los límites de su disfrute y sobre la responsabilidad en que pueda incurrir por gestión perjudicial a los llamados a sucederle; normas que pueden equipararse a las que las legislaciones continentales establecen respecto al usufructo para resolver análogos conflictos de intereses. Dos puntos especialmente me interesa esclarecer (2).

En primer lugar, en cuanto a la división del disfrute por razón del tiempo entre el poseedor vitalicio y los derechohabientes anteriores y posteriores a él, el Derecho inglés aplica aquella antieconómica distinción de los frutos en naturales e industriales, sobre la cual tendré ocasión de volver más adelante: distinción desaparecida de nuestro Código y que en el francés y en otros varios sólo tiene el valor de una expresión literaria sin consecuencia práctica alguna. Los frutos *(emblements)* que representan un producto espontáneo o constante de la tierra, si se separan estando vigente el derecho del propietario vitalicio, pertenecen a éste. En cambio, aquellos cuya producción se obtiene sólo mediante su actividad directa, como los cereales y otros productos periódicos anuales, le corresponden a él y a sus herederos, aunque la separación se realice después de cesar su derecho por causas naturales o accidentales, pero a él no imputables.

De esta asignación de los frutos industriales en correspondencia al trabajo prestado en producirlos, es consecuencia inmediata que los causahabientes del propietario vitalicio, como aquellos a quienes haya cedido el ejercicio de su derecho, puedan apropiarse, aun después de cesar éste, los frutos separados que no se apropiarían si el cese dependiera de un acto suyo, como, por ejemplo, el cumplimiento de una condición potestativa resolutoria. Después del *Apportionment Act*, de 1870, los frutos civiles se dividen entre

(1) Véase el texto del Estatuto de 1882 en el *Annuaire;* cfr. STEPHEN ob. cit., l. I, p. II, c. XXIV.

(2) Sobre lo siguiente véase STEPHEN, l. I, p. II, c. IV (t. I, páginas 256 y 262).

los derechohabientes en proporción al tiempo de duración de sus derechos respectivos.

En segundo lugar, la integridad del derecho del *remainderman* o del *reversioner*, personas a las cuales debe volver la propiedad después de cesar la tenencia vitalicia, *ope legis* o en virtud de cláusula del título constitutivo, está asegurada en virtud de la responsabilidad del *tenant for life* en que puede incurrir por los menoscabos que con sus actos haya causado en la cosa *(voluntary waste)*, o que hubiera podido evitar con su vigilancia discreta y con cuidados a tiempo *(permissive waste)*; también pesan sobre él todos los gastos, sin excepción, que exija la conservación de la cosa. En el *voluntary waste* están comprendidos los actos de disfrute que excedan de la apropiación de lo que puede ser reputado verdadero producto de la cosa, según el fin económico a que esté destinada; el *tenant for life* puede enajenar o transformar la cosa; pero respetando íntegra o mejorando la condición del *remainderman*; en cambio, nunca puede emplear en su propio beneficio aquello que constituye valor capital.

Según el Derecho común, están incluídos entre los productos que puede apropiarse, la leña de los montes que no sean tallares, necesaria para usos domésticos propios y para las necesidades del predio *(estovers* o *botes)*. El título constitutivo puede ampliar los límites de su disfrute siempre que contenga, o si contiene, la cláusula *without empeachment of waste*, o sea sin impedimento de menoscabos; pero los Tribunales de equidad, interpretándola prudentemente (y por Estatutos recientes también puede acudirse a los tribunales ordinarios), disponen que sin declaración expresa del constituyente, esta cláusula no excluya la responsabilidad por cualesquiera desperfectos, afirmándola en aquellos llamados *equitable waste*, o sea menoscabos que deben omitirse procediendo equitativamente, como sería, por ejemplo, la demolición de la casa habitación, la tala de los árboles de adorno o cosa semejante.

35. En el Código ruso (1) en el *Svod*, hay una institución análoga al usufructo, a saber: el dominio útil de bienes inmuebles que por voluntad del propietario puede ser separado del directo por un plazo fijo o por la vida del concesionario. El propietario útil posee un derecho real sobre el fundo; puede reclamar la posesión

(1) Tomo las escasas noticias de este número en LEHR., *Elém. de dr. civ. russe*, t. I, números 294, 296, 30, 347, 348, 41.

de él, y le corresponde el goce por entero de la cosa; pero está obligado a conservar la sustancia de la misma y a satisfacer todas las cargas ordinarias y extraordinarias que pesen sobre ella. El cónyuge, por testamento, puede instituir a favor del superviviente un verdadero usufructo sobre toda clase de bienes; pero el beneficiario ha de optar entre este usufructo o la cuota que la ley le otorga en propiedad sobre el haber hereditario del cónyuge premuerto. Tiene derecho a obtener de los bienes usufructuados toda clase de utilidades que produzcan; mas sin alterar su sustancia o su valor; está facultado para transmitir su derecho, pero quedando responsable para con los herederos del propietario. Además de la obligación de satisfacer los gastos de conservación y las cargas impuestas sobre los bienes, ha de contribuir también, proporcionalmente al valor del usufructo, al pago de las deudas hereditarias, y si se venden los inmuebles usufructuados a instancia de acreedores hipotecarios, su derecho recae sobre el remanente que quede del precio, después de satisfechos los créditos.

El Código civil de las provincias bálticas, juntamente al dominio útil, más extenso que el regulado en el *Svod* (puesto que reconoce al titular de aquél el derecho al tesoro que pueda descubrirse en el fundo), regula también el usufructo muy análogamente a como lo hacía el Derecho romano. El usufructuario no puede ceder su derecho, ni tiene obligación de prestar fianza, si el título constitutivo no se lo impone; tiene que sufragar todas las cargas ordinarias y extraordinarias que pesan sobre el fundo usufructuado, y satisfacer los gastos todos de conservación, aunque en los límites del producto que obtenga; y, como en la mayor parte de las legislaciones germánicas, por mandato de la ley corresponde al marido un derecho de usufructo sobre todos los bienes de la mujer (a).

(a) [El actual *Código civil* de la República socialista federativa de los soviets de Rusia, sancionado el 31 de Octubre de 1922, no regula el usufructo ni admite más derechos reales que la propiedad (en sus distintas formas, pública, corporativa, privada y común), el derecho de construcción y la prenda. No hay lugar en él a ningún usufructo a favor del cónyuge viudo, pues éste es heredero en propiedad; y tampoco existe usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos, puesto que el *Código de la familia*, publicado el 27 de Septiembre de 1921, estableció, en su artículo 160, que los padres no tienen ningún derecho sobre al patrimonio de los hijos y no parece haber introducido modificación el nuevo «Código del matrimonio, de la familia y de la tutela», promulgado en 19 de Noviembre de 1926 (en vigor desde 1.° de Enero siguiente).

El Código agrario de 30 de Octubre de 1922 regula, con minuciosidad, una

especie de derecho al goce y explotación de las tierras (usufructo *agrario* o *trabajador)* que puede ser concedido por las autoridades soviéticas, tanto a los individuos como a las comunidades agrarias. El usufructuario tiene facultad de explotar su lote de tierra en la forma que bien le parezca (art. 24) y su derecho es de duración indefinida, no cesando más que por virtud de las causas expresadas en la ley (art. 11, en relación con el 18 y siguientes). Lejos de concedérsele facultades de disposición, se le prohiben los actos de compraventa, promesa de venta, donación por testamento o *inter vivos*, así como el gravamen hipotecario, y se castiga con la sanción de nulidad de tales actos y con la pérdida de la tierra a los infractores de esta prohibición (art. 27). Pero como se dice en la edición francesa, publicada por el *Institut de droit Comparé de Lyon*, «las palaras *usufructo, usufructo agrario,* se toman en un sentido amplio y popular, y no tienen el valor técnico que les dan en los países latinos las tradiciones del Derecho romano. Designan los derechos de goce o utilización concedidos por las autoridades soviéticas sobre la tierra, y los beneficiarios colectivos o individuales de estas concesiones. Tales derechos al uso o a la explotación del suelo no concuerdan exactamente con nuestro derecho de usufructo ni en sus elementos constitutivos ni en sus contornos y limitaciones jurídicas... Los términos *zemlépolzovanié, zemlepolzovatel,* constantemente empleados por el Código agrario, y que traducimos — a falta de equivalente exacto en nuestra lengua — por *usufructo, usufructuario,* expresan, ante todo, la intención en el legislador ruso de no dejar transformar en formas bastardas de la propiedad individual, los modos de apropiación del goce de la tierra que admite y reglamenta.» (*Les Codes de la Russie soviétique*, t. II, pág. 65, nota).]

CAPÍTULO II

LAS MODIFICACIONES DEL USUFRUCTO

§ 1. El «usus», la «habitatio» y las «operæ servorum» en el Derecho romano.

Sumario: 36. El *usus* según los romanistas modernos. - 37. Crítica. El concepto del *usus* explicado por el nombre y determinado con arreglo a las fuentes. 38. Origen del *usus* y de la *habitatio*. - 39. Aseguramiento de su goce al usufructuario por toda la duración del usufructo: derecho ulterior de acrecer en el usufructo conjunto. - 40. Usufructo repetido y usufructo anual. - 41. Adaptación de la forma del usufructo a los propósitos de quien lo constituye *habitandi causa:* particularidades de la *habitatio*. - 42. Las *operæ servorum*.

36. Al lado del *ususfructus,* aunque distinta de él, encontramos desarrollada en el Derecho romano la institución del *usus*. Entre los romanistas más modernos prevalece la doctrina de que el *ususfructus* contiene dos facultades distintas: la del *usus* y la del *fructus. Fructus* es el derecho al goce de los frutos de alguna cosa; *usus,* el de adaptarla a los fines que sea apta para producir, excluyendo el goce de los frutos. El *fructus* no puede, como derecho real, estar separado del *usus;* porque al goce de los frutos no puede llegarse con la actividad propia sin implicar, respecto de ella, otra actividad distinta de la percepción de frutos. Puede tenerse el derecho a los frutos de un fundo, o bien *sólo* a los frutos del mismo; pero para que el fundo sea fructífero, alguien tiene que sembrarlo y cultivarlo; y si no puede discurrir por el fundo quien tiene derecho a los frutos, ni uncir los bueyes al arado, abrir los surcos y arrancar las hierbas malas, otro tendrá que hacerlo en su lugar, y el derecho estará tutelado en cuanto quede segura frente a él la obligación de este otro; y tendremos, por consiguiente, un derecho de obligación, un derecho personal (1). En cambio, el *usus* como derecho

(1) *Contra:* Windscheid, *Lehrb. d. Pandekt.*, § 202, nota 1; cfr. los autores allí citados.

real puede estar separado del *fructus;* y el usuario, sin tocar a los frutos y sin la intervención de otra persona, puede obtener de la cosa las demás utilidades de que ella sea capaz. Esta misma facultad es otorgada al usufructuario, y el *ususfructus* se aparta del *usus,* no porque sea más amplio, sino porque el *ususfructus* contiene una distinta facultad: la de gozar de los frutos de la cosa. Y por esta facultad distinta es por lo que el usufructuario puede transmitir el ejercicio de su derecho; porque colocando en su lugar a otro en el uso de la cosa, puede lograr un equivalente que constituye una renta, esto es, el fruto de la cosa; el usuario no puede hacer esto, porque al ceder el uso a otro, la utilidad única que es capaz de procurarle la cosa es lo que corresponde al cesionario, y esta equivalencia constituye un rendimiento, o un fruto de la cosa, al que no tiene derecho. En el lenguaje usual no se observa con rigor siempre esta distinta significación entre *ususfructus* y *usus,* porque al interpretar un precepto legal o un contrato, más que al valor técnico de las palabras se atiende al que le han querido dar los contratantes; de ahí que en muchos casos la extensión del uso difiera de este *usus* tipo, separado completamente del goce de los frutos, y contenga la facultad de disfrutar, con más o menos amplitud, de parte de los frutos también.

Esta doctrina fué expuesta por primera vez por THIBAUT (1) y seguida después por los pandectistas posteriores (2). En cambio, la doctrina antigua veía en el *usus* el derecho que posee el usuario de procurarse los beneficios de que es capaz la cosa dentro de los límites de sus necesidades personales, y de procurarse toda ventaja que provenga, no sólo de la cosa inmediatamente, sino de los frutos que produce (3). PUCHTA vuelve sustancialmente a esta doctrina, precisándola en cuanto que no reconoce limitado el *usus* por las necesidades personales del usuario, sino por su capacidad para disfrutar directamente de la cosa (4).

---

(1) *Versuche in einzelne Theile d. Rechts,* t. I, 3.

(2) GLÜCK, *Erl. d. Pandekt.,* t. IX, § 648; ARNDTS, *Pandekt.,* § 148, nota 2; RUDORFF, en las notas a las *Pandekt.,* de PUCHTA, § 180; WINDSCHEID, *Pandekt.,* t. I, § 207; KELLER, *Pandekt.,* §§ 172, 175; MAYNZ, *C. de dr. rom.,* t. I, § 215; SERAFINI, *Istituz. di dir. rom.,* §, 82; DE CRESCENCIO, *Sist. di dir. rom.,* t. I, § 184, etc., etc.

(3) Véase, por ejemplo, DONELO, *Comm. jur. civ.,* l. X, c. 24; CASTILLO DE SOTOMAYOR, *De usufructu,* l. I., c. 28.

(4) *Pandekt.,* §§ 179, 180; *Institutionen,* t. I, § 182.

37. La distinción que introdujo THIBAUT no está fundada en el uso de la lengua latina, como resulta de lo que he expuesto en el número 1 y en la nota 1.ª de la página 1, para fijar el significado de *uti* y de *frui;* y no incurriré en paradoja al decir que si el pensamiento de aquel escritor hubiera sido el de la jurisprudencia romana, y se hubiera buscado una diferenciación en el significado técnico de los vocablos *usus* y *fructus*, hubieran llamado *usus* a lo que él llama *fructus* y viceversa. *Fruitur*, es decir, disfruta de una cosa quien en ella encuentra la satisfacción *directa* de una necesidad; para quien recoge los frutos de ella, no es la cosa más que un instrumento con que procurarse aquello que satisface las necesidades; y la cosa-instrumento no va unida como complemento a un verbo que exprese el estado de ser satisfecho. De lo que se *disfruta* es del *fruto*, no de la *cosa* que lo produce: se usa de la cosa fructífera para conseguir los frutos, como del arma para herir, de la mancera para trazar el surco y del dinero para procurarse *directamente* un bien útil.

La significación especial del nombre *usus* sirve, por otra parte, para aclarar el contenido del derecho que con él se designa. Predomina en el sustantivo *usus* la idea de instrumentalidad, esto es, de la relación del medio a fin que tiene la actividad indicada por él. Así como de un lado, con la palabra *uti, usus*, se expresa la actividad encaminada a obtener utilidades, o sea, ocasión de ser satisfecho mediante una cosa (en oposición a la actividad que busca inmediatamente la satisfacción en la cosa misma), así, por otro lado, con este mismo término puede expresarse una cierta clase de actividad que esté en relación de medio a fin (en oposición a la que, encaminada, como toda actividad humana, a un fin útil, no se coloque con un dado fin en *relación jurídica*, o, lo que es lo mismo, no tenga la conexión con un determinado fin por condición y por medida) (1). Y así, por ejemplo, hablando de otorgar el uso de una casa para habitarla, el uso de una tienda para alquilarla en tiempo de feria,

(1) El concepto de *medio* es esencialmente relativo; por eso, en tanto que en los escritores clásicos *utor* y *fruor* no se encontrarán cambiados, un mismo complemento va unido unas veces a uno y otras a otro, según lo consideren fin de la acción o representen un fin más allá de ella. *Utor aliqua persona*, me sirvo de uno; *fruor aliquo*, obtengo utilidad, placer, de la compañía, de la convivencia con uno; *utor lacte, herbis*, se entiende o se sobreentiende por sustentarme, por satisfacer el hambre; de las mismas cosas se dice sin dificultad *frui* cuando no está distinguida y separada la representación del resultado obtenido.

el uso de un predio para cazar, el de una viña para comer sus uvas, el de un caballo para cabalgar, se indican tantas facultades diversas como fines designados con el complemento. Mas faltando la determinación expresa del fin, no existe por ello menos en la palabra *uso* el significado de *medio;* y usándolo absolutamente para designar una facultad concedida sobre bienes de distinta clase, no se hace más que sobreentender una determinación de fines adaptable a estas diversas clases y que esté ínsita en la concesión a una determinada persona. Un fin tan general no puede ser otra cosa que *la necesidad actual del concesionario;* y según la jurisprudencia romana, esto es, efectivamente, lo que determina el contenido del *usus,* y por ello se contrapone al *ususfructus.*

En tanto que el usufructo abre la puerta a una actividad que puede desplegarse libremente sobre la cosa y que tiende a procurar todas las utilidades próximas o remotas de ella, al usuario sólo se le confiere aquella cantidad de señorío sobre la cosa que pueda requerir la satisfacción de sus necesidades actuales; puede usar de la cosa, pero en tanto que le sea actualmente útil; no puede ceder a otro el disfrute para apropiarse el equivalente económico que en compensación podría obtener del cesionario, aun cuando con ello no se sustraiga al propietario mayor suma de utilidad; puede igualmente consumir los frutos que ofrezca la cosa, pero no puede apropiárselos para atesorarlos o para cambiarlos. La apropiación de los frutos para guardarlos o la del equivalente del goce transmitido a otro, no es medio para satisfacción de una necesidad actual, y traspasa los límites del poder concedido al usuario con vistas precisamente a las necesidades actuales. Si se adueñase de esos bienes, no habría más que una simple posibilidad de que los disfrutara él mismo y que no se tradujesen en un aumento de su patrimonio; mas, aun prescindiendo de esto, el obtener de ellos una satisfacción constituiría siempre un hecho distinto, pertinente a un momento posterior a la apropiación, y que no cabe incluir en la actividad que el usuario pudo haber ejercitado sobre la cosa. Pero si la actividad desplegada no tiene por objeto la satisfacción de una necesidad actual, es una actividad a que no se tiene derecho por razón del *usus.*

En este sentido es en el que los jurisconsultos contraponen el *frui* al *uti* (1), o, en otros términos: al *uti usque ad compendium* (2), usar para obtener una ganancia, para conseguir un aumento pa-

(1) Gayo, 1, § 1, D. *De usu et h.*, VII, 8; Ulpiano, 2, pr. *eod.*
(2) Ulpiano, 12, § 1, *eod.*

trimonial, no para satisfacer una necesidad. Por eso también aun la doctrina más severa atribuye al usuario la facultad de tomar los frutos que destine a su consumo inmediato, como la leña, las flores, la fruta, las hortalizas, como una facultad unida estrechamente a su derecho, no como una interpretación benigna de la voluntad del constituyente; y la mayoría de los intérpretes, cual una facultad inherente al derecho, concede al usuario la de retirar de las cosechas y de los otros productos del fundo, ordinariamente destinados a cambiarse, aquella parte que puedan consumir él y los suyos (1). Donde sí hay una interpretación benigna, encaminada a ampliar las facultades del usuario, y debida a un rescripto imperial, es en el caso de legado de uso de un bosque; porque en este supuesto el usuario puede disponer de los productos del mismo con igual extensión que correspondería al usufructuario; porque de otra suerte, el legatario que no pudiese consumir parte alguna de los productos o sólo una mínima parte de ellos, no obtendría ventaja alguna de aquel legado (2).

Entendido así el uso, no se distingue del usufructo más que por ser distintas, y normalmente más limitadas, las facultades de gozar de la cosa ajena. Al modo como sucede con el usufructo, tampoco el uso implica atribución o atribuciones específicamente determinadas, sino que supone la concesión de cuantas facultades pueden servir para satisfacer las necesidades actuales del usuario. Claro está que este derecho de uso difiere sustancialmente del que han construído los romanistas últimos, tomando como base el análisis superficial de la palabra *ususfructus*, escindiendo el contenido del derecho designado con ella y discurriendo que comprende dos distintos poderes. El derecho de uso, en general, es más amplio de como esta doctrina lo concibe, porque comprende la facultad de recoger parte de los frutos de la cosa, aunque de otro lado no comprende la de utilizar la cosa en una forma cualquiera que no sea la percepción de los frutos, y cuando los frutos no pueden tomarse, el usuario tiene por límite de su derecho la satisfacción de sus necesidades actuales.

El origen de esta explicación es análogo al de SCHEURL (3), que impugna la doctrina de PUCHTA por inconciliable con las fuentes, y termina definiendo el *usus* como el derecho de obtener de la cosa

(1) ULPIANO, 12, § 1, *eod.*

(2) POMPONIO, 22, pr. *eod.*

(3) En la *Zeitschr. f. gesamte Rechtswissensch.*, t. XV, págs. 28 y ss.

cualquier clase de utilidad que no implique apropiación de frutos (1). Y estoy por pensar que el principio que, aun en el Derecho romano, informa el *usus*, es el que descubrimos en la doctrina más antigua, y que precisa PUCHTA; pero si en los límites al disfrute, nacidos de la necesidad o de la capacidad personal de goce del usufructuario, no se busca sólo el resultado económico del *usus*, sino el fundamento de la determinación jurídica de su contenido, es necesario hacer resaltar, como condición y medida del poder atribuído al usuario, el carácter *actual* de la necesidad que por él ha de ser satisfecha. El matiz instrumental, que constituye la esencia del *usus*, lo debe a ser actual la necesidad para cuya satisfacción se despliega una actividad de disfrute directo. Y en cuanto a la exclusión del adueñamiento y transformación de los frutos, no constituyen principios distintos, sino un corolario del principio fundamental (2).

38. La opinión corriente (3) afirma que el *usus* fué reconocido como categoría específica de derecho real más tarde que el usufruc-

---

(1) ELVERS *(d. Röm. Servitutenl*, § 59) admite las conclusiones de SCHEURL y refiere la formación del *usus* a una limitación de los derechos del usufructuario, encaminada a tutelar mejor los intereses del dueño, y a la que servía de modelo la relación de sometimiento limitado, que es peculiar en las servidumbres prediales. Es justa su observación de que, si no en el lenguaje literario, en el común, al menos, algunas veces se sustituye *uti* a *frui;* ciertamente que, con frecuencia, hubo necesidad de interpretar las disposiciones constitutivas del *usus;* pero el origen de esta forma particular de derecho de disfrute se debe a haberlo constituído con este especial contenido, y no a que el constituyente empleara la denominación de *usus*. Esta idea de SCHEURL la desenvuelve y profundiza BECHMANN, *Ueb. Inhalt u. Umfang des usus nach röm. R.* (1861). Su explicación es retorcida y artificiosa en su mayor parte, y la fórmula de las conclusiones poco feliz, como cuando dice que el usufructuario adquiere la propiedad de los frutos mediante la percepción, y mediante el consumo el usuario (§ 62); pero la parte exegética y el esfuerzo que realiza para armonizar los textos, guiado por un único principio, es notable.

(2) Además de los autores citados en las notas anteriores, véanse MORGENSTERN, *d. Servitut. des usus nach gemein. u. preussich. R.* (Tesis doctoral, Berlín, 1879), que funde en una las conclusiones que acerca del contenido del *usus* exponen PUCHTA, SCHEURL y BECHMANN, tomando de BRINZ *(Notamina ad usumfructum)* la denominación de *frutos incorporales* para designar las utilidades distintas de los productos que es capaz de dar una cosa. Define el *usus* como derecho de una persona determinada a consumir los frutos corporales o incorporales *(sic)* de una cosa en la medida de su capacidad.

(3) Véase, sin embargo, en contra PUCHTA, *Institut. d. röm. R.*, II, § 255.

to. El *usus* tuvo su origen en las disposiciones testamentarias encaminadas a otorgar un beneficio análogo al que procura el usufructo, pero más restringido, y que no privase al propietario de cierto interés de presente; se trataba, pues, de hacer más compatible el usufructo con la propiedad. La jurisprudencia hubo de reconocer a este derecho así formado la eficacia real que ya tenía el usufructo, y precisó la significación técnica del nombre, siguiendo el orden de consideraciones que hemos visto. Pero como quiera que la doctrina lo hacía en función interpretativa de la intención de los transmitentes, tenía necesidad de reconocer una diferente extensión, y, por consiguiente, una mayor o menor analogía con el usufructo, conforme a la índole varia de los objetos sobre que se constituía el dicho *usus*. Pensaron que el usuario no debía gozar de manera distinta a como podía hacerlo el usufructuario después del senadoconsulto, o sea apropiándose el objeto, pero asumiendo la obligación de restituir un equivalente, cuando se tratara de bienes de utilidad sencilla. Y esta identificación de una forma de *usus* con el usufructo, la encontramos expresamente en las fuentes (1); por eso, prescindiendo del contenido que se le reconocía al *usus*, se conserva en él la aplicación de los principios que regulaban la duración y extinción del usufructo y las relaciones entre usufructuario y propietario.

Del tronco mismo del usufructo se desprendió la *habitatio*. La *habitatio*, derecho de cobijarse en un determinado edificio, en su origen se concedió como *ususfructus ædium*, *ususfructus domus;* la cláusula que se le une, *habitandi causa* (2), pudo tener por fin limitar el derecho otorgado a la satisfacción de la necesidad que el concesionario sienta de una habitación; contendieron los jurisconsultos clásicos respecto a si había de interpretarse siempre así, o si, no obstante ella, el concesionario conservaba la facultad de usar de la casa para algo más que para habitarla (sin hacer alteración en ella, se entiende, de su destino económico), y si podía, por lo tanto, alquilarla; controversia que resuelve una constitución de Justiniano en favor de la segunda de las opiniones expuestas (3). Otro efecto de aquella cláusula hubo de reconocerse constantemente, ya que,

---

(1) ULPIANO, 5, § 3 D., *de usufr. ear. rer.*, VII, 5.

(2) ULPIANO, 10, § 2, D. *De usu et habit.*, VII, 8.

(3) ULPIANO, *loc. cit.*, § 5, I *De usu et habit.*, II, 5, en la que se alega en favor de la segunda opinión la autoridad de MARCELO; JUSTIN., 13, C. *De usufr.*, III, 33.

poniendo de relieve para qué fué constituído el derecho, quiere subordinarse al logro efectivo de aquel intento la duración del derecho mismo. Vamos a tratar de aclarar esta afirmación.

39. Del carácter temporal del usufructo es consecuencia que el fin económico para el que se constituye no se alcanza si no continúa, por todo el tiempo señalado al usufructo, el goce efectivo por parte del usufructuario. No ocurre como con el derecho de propiedad, que pasa intacto de un dueño a otro, y que si uno no lo ejercita y no obtiene beneficio alguno de la cosa, no puede decirse que se haya frustrado; porque, voluntaria o necesariamente, transmite a otro su derecho, y éste conserva en la transmisión la misma potencialidad de producir efectos útiles. Si aquél a quien la cosa pertenece no disfruta de ella (1), el usufructo es inútil.

En este estado de cosas, si por un lado el Derecho y la jurisprudencia tratan de amparar los intereses del propietario frente al usufructo, señalando plazo riguroso a su duración y tratando de facilitar, aun antes de que llegue ese plazo, la liberación de la propiedad de la carga que pesa sobre ella (como, por ejemplo, cuando se declara extinguido el usufructo por haber sido privado de su capacidad jurídica el usufructuario, o se le declara renunciante si por un largo espacio de tiempo no usa de su derecho); por otro lado, y como contrapartida de estas normas, tienden a asegurar, con la continuación del goce efectivo por todo el tiempo del usufructo, el logro de la finalidad perseguida al constituirlo.

Hay un caso en que el Derecho romano se pronuncia directamente: cuando el usufructo se constituya conjuntamente a favor de varias personas, es tradicional la norma que provee a que no se frustren las expectativas de los legatarios singulares a gozar del usufructo íntegramente; y que si muere alguno después de adquirirlo, acrezca a sus cousufructuarios, cosa contraria a lo que ocurre en los legados de propiedad. Este precepto (que, como luego veremos, ha restablecido nuestro Código) se funda en que, para que se satisfagan los deseos del disponente, debe dar el usufructo todo el resultado útil de que es susceptible mientras viva cualquiera de los llamados a disfrutarlo, y no debe menoscabar su extensión la desaparición de alguno de los llamados. La propiedad que se lega conjuntamente no acrece a los demás colegatarios si muere uno después de haberla adido; porque con su muerte no resulta inútil

(1) Ulpiano, l, pr. D. *Quando dies ususfr.*, VII. 3.

la propiedad suya, sino que se transmite a sus herederos. Esta motivación se expone por CELSO y JULIANO en los siguientes términos: *Ususfructus quotidie constituitur et legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore quo vindicatur* (1). Querían significar con esto que el resultado económico del usufructo es proporcional a los momentos singulares del goce, no que en singulares momentos se adquiriera sucesivamente, como otros tantos derechos distintos, un mismo usufructo: que es lo que afirma explícitamente ULPIANO diciendo que la adquisición del usufructo se realiza normalmente en un solo momento, aun cuado su resultado útil ocurra en momentos sucesivos (2).

40. Pero otro expediente modifica esta última regla y va dirigido a asegurar el usufructo, no obstante los cambios que puedan sobrevenir en la relación jurídica, como la modificación de la capacidad del titular, o el desuso prolongado, que se reputa como renuncia tácita, a la que sigue la pérdida del derecho. Este expediente no es obra de la intervención directa de la ley, sino producto de la voluntad expresa del constituyente, a quien se atribuye la facultad de impedir también las consecuencias del desuso. Todo esto resulta de la adaptación de la forma jurídica en que viene constituído el usufructo a su contenido económico, y consiste en una división del derecho de usufructo en tantos derechos distintos como momentos o períodos de disfrute haya. La división puede revestir dos formas: o se lega el usufructo por días, meses o años, o se repite genéricamente el legado de usufructo. En el primer caso tenemos tantos derechos distintos como días, meses o años de duración tenga cada usufructo, derechos referidos sucesivamente al legatario; y la pérdida de uno de ellos no influye sobre la delación o adquisición de los demás (3). En el segundo, hay una delación actual de un derecho de usufructo, y la delación también de un derecho idéntico para la eventual extinción del primero. Esta repetición del legado puede hacerse en previsión de determinadas circunstancias o en tér-

(1) ULPIANO, 1, § 3, D. *De usufr. adcresc.*, VII, 2.

(2) En la cit. l. 1, pr. D. VII, 3. VANGEROW (*Pandekt.*, § 554, not. 1, II) siguiendo a SCHNEIDER (*d. alt. civile u. justinian. Anwachsungsrecht*, ps. 288 y siguientes), se interpreta a la letra el pasaje citado en la nota precedente. En contra: ELVERS, *d. röm. Servitutenl.*, § 66, *i. f.* V. los autores citados por WINDSCHEID, *Pandekt.*, § 645, nota 1.

(3) ULPIANO, 1. pr. D. *Quando dies ususfr.*, VII, 3; 1, § 3, *Quibus modis ususfr.*, VII, 4; PAP., 2, § 1 *eod.;* PAULO, 28, *eod.*

minos genéricos; explícita o implícitamente, como en la concesión del usufructo *quamdiu vivat* (1). A consecuencia de la múltiple o repetida delación del legado, si el usufructuario pierde la capacidad jurídica, cae en incapacidad; sólo pierde el derecho que le correspondió por la primera delación, y lo adquiere por él, con la nueva delación, la persona que lo tutelase, quien lo ejercita así en su beneficio (2). Si con la emancipación, la manumisión o la muerte del padre recobrara la capacidad, aunque se hubiera perdido de nuevo el derecho de la segunda adquisición (3), con otra delación lo readquiriría; e igualmente readquiriría el usufructo si se hubiera extinguido por desuso la adquisición hecha con la primera delación.

41. No hay duda, aunque nada digan las fuentes, de que estos principios se aplicaron al *usus* (4); pero su aplicación especial es la que da carácter propio al *ususfructus habitandi causa*, o sea la *habitatio*. La cláusula *habitandi causa* producía el efecto de dividir el usufructo en tantos derechos distintos como períodos de goce efectivo pudiera haber, de una manera completamente análoga a lo que ocurría en la constitución del usufructo por días, meses y años, aunque con la diferencia única de que para éste la delación de los derechos particulares (cuyo conjunto componía el usufructo) se realizaba cuando el legatario era capaz de adquirir por sí o por su

(1) ULPIANO, 3 pr., 5 pr., D. *Quibus modis ususfr.*, VII, 4. — BUONAMICI, *Sull'ususfructus repetitus* en el *Archiv. giurid.*, t. XXI, ps. 279 y siguientes.

(2) Argumento en JUSTIN., 17 C. *De usufr.*

(3) Se discutía si se verificaba o no esta pérdida; Justiniano, con la ley citada en la precedente nota, dispuso que aun tratándose de usufructo simple, adquiriera el hijo directamente beneficiado, si lo perdía el padre que lo hubiese adquirido formalmente por él; y que al contrario, quedase a beneficio del padre si el hijo moría o sufría la *capitis deminutio* máxima o media, o era emancipado.

(4) Ya que el uso se equipara al usufructo en cuanto a su duración normal, y se extingue, como él, por cualquiera *capitis deminutio* en el Derecho anterior a Justiniano, y sólo por la máxima o media en el posterior: § 1, I, *De adq. per adrogat.*, III, 10; por el no uso: JUSTIN., 13, C, *De servit.*, III, 34. En la l. 10 D. *De usu et habitatione*, VII, 8, según el texto florentino, se equipara el *usus* a la *habitatio* respecto a la no extinción por *capitis deminutio* o por desuso; NOODT *(Probabil. jur. civ.*, l. III, c. VII) propone una corrección que puede hacerse simplemente con trasponer el *tamen*, colocándolo después de *transit*. MOMMSEN, en su edición del Digesto, acepta esta corrección bajo la autoridad de las Basílicas.

representante, al vencimiento de los plazos respectivos, en tanto que en la *habitatio* el vencimiento de los períodos predeterminados quedaba sustituído por el hecho del goce, y el *habitator* adquiría el derecho tantas veces cuantas por sí o por otro comenzara o reanudara su ejercicio. Si el legado de *habitatio* era *per damnationem*, sólo tenía una obligación el heredero, y de ella se liberaba dejando franca la casa al legatario (1).

Pero el derecho del legatario es múltiple y no puede extinguirse completamente sino por su muerte o por expirar el término que le fué asignado; la pérdida de la capacidad jurídica no le priva de la posibilidad de obtener el disfrute, como si mediara una nueva delación en beneficio de quien ejerce el poder tuitivo a que está sujeto o cuando hubiese él readquirido la capacidad; y el desuso del derecho readquirido y comenzado a ejercitar tampoco influye sobre la adquisición que pueda hacerse, recobrando su ejercicio como si fuera un derecho nuevo (2).

---

(1) MARC., pr. D. *de usufr. leg.*, XXXIII, 2.

(2) MOD., 10 D. *de cap. minut.*, IV, 5; ULPIANO, 10 pr. D. *De usu et hab.*, VII, 8. Esta explicación de la peculiaridad de la *habitatio* no es, en sustancia, otra cosa que la de DONELO, *Comm. jur. civ.* l. X, c. 21; quien nota, muy prácticamente, que a la índole de la *habitatio* conviene subordinar siempre la delación repetida del derecho al ejercicio efectivo y, de consiguiente, a la voluntad del concesionario; porque frecuentemente éste puede no tener interés en ejercitarlo por un cierto tiempo, contra lo que comúnmente ocurre en el usufructo y en el uso. Esta explicación es acogida también por GLÜCK, *Erl. d. Pand.*, 2, IX, § 652; pero soy yo el responsable, y así debo declararlo, de la comparación que hago entre los principios que regulan la *habitatio*, además de con el *ususfructus in annos* y el *ususfructus repetitus*, con las reglas también sobre el derecho de acrecer en el legado de usufructo. Cosa muy distinta es la explicación que da SAVIGNY *(Sistema del Dir. rom.*, tomo II, §§ 71 y 72), que encuadra la *habitatio* en aquella categoría suya de derechos irregulares o anómalos que tienen una naturaleza «menos jurídica» y la aproxima a las prestaciones alimenticias. El que, por tanto, constituye una *habitatio*, no discierne un verdadero y propio derecho, porque limita éste al estricto beneficio de albergue, sin conceder nada a la libertad de acción del beneficiario; es decir, que se trataría de una *naturalis praestatio*, tan independiente de la capacidad jurídica como de la *capitis deminutio* del beneficiado. Recuerda esta singular construcción la de los antiguos escritores, que veían en la *habitatio* un derecho natural (v. ap. GLÜCK, *loc. cit.)* y fué aceptada por KELLER, *Pand.*, § 176, y por ELVERS, ob. cit., § 60, quien agrega que la *habitatio* no estaba bajo la tutela del Derecho civil, sino del honorario. Esto es arbitrario, como arbitraria es la afirmación de SAVIGNY de que la adquisición fuese independiente de la ca-

42. Más aún que la *habitatio* difieren del usufructo normal las *operæ servorum;* con ese nombre de *operæ servorum* fué designado el derecho de obtener cualquier forma de utilidad de los servicios de un esclavo ajeno. El poseedor de este derecho, como el usufructuario de un esclavo, podía alquilar los servicios del mismo (1), pero no obtener ningún otro beneficio más de su actividad (2), y, como en la *habitatio,* y por análogas razones, ni por la *capitis deminutio* ni por el desuso (3) se extingue este derecho.

No hay que mirar como una singularidad que distinga las *operæ* de la *habitatio* el que en aquéllas se extinga el derecho porque otro llegue a usucapir el esclavo (4), ni es de aceptar que se extinga el derecho porque el esclavo varíe de dueño; como no se extingue la *habitatio* por la transmisión de dominio de la casa: lo que ocurre es que la posesión encaminada a usucapir, es de hecho la posesión del esclavo, libre ya de la carga de las *operæ.* Esta regla se aplica también a la *habitatio,* porque, si bien ésta no se pierde por el hecho negativo del desuso del *habitator,* se pierde cuando otro adquiera por usucapión la casa, libre de la carga de la *habitatio* (5). En cambio, sí es una especialidad de las *operæ* el que no se extinga el derecho por la muerte del titular, sino que se transmi-

---

pacidad jurídica, cuando las fuentes afirman únicamente que la privación de la capacidad jurídica no impide la persistencia de la *habitatio,* y, según la doctrina desarrollada en el texto, el que no tiene capacidad jurídica no puede retener por sí la *habitatio,* y sólo reaparece su derecho cuando él readquiere la capacidad. Para sostener su tesis, SAVIGNY tiene que calificar de errónea la equiparación que hace MODESTINO de la *habitatio* con el legado anuo (v. el pasaje citado al principio de esta nota), y ha de callar que por algún jurisconsulto clásico ya se reconocía en la *habitatio* el contenido del usufructo, y, finalmente, se ve obligado a atribuir a incoherencia la exclusión de los efectos de la *capitis deminutio* en la nueva figura que, según él, toma la *habitatio* en el Derecho posterior. Igualmente se ha sostenido con error, y tomando por base dos fragmentos de PAPINIANO y de SCÆVOLA (27 y 32 D. *De Donat.,* XXXIX, 5) que la habitación no tiene carácter de derecho real, cuando de esos fragmentos sólo puede inferirse que el hecho de constituir gratuítamente la *habitatio* por acto *inter vivos* no constituye un verdadero derecho real si no se observa la forma prescrita para las donaciones por la ley Cincia.

(1) PAP., 2 *De us. leg.,* D. XXXIII, 2.

(2) Arg. en PAULO, 1, *De op. serv.,* D. VII, 7; 1, § 9, *ad leg. Falc.,* XXXV, 2; ULPIANO, 5, § 3, D. *Usuf. quemad.,* VII, 9.

(3) L. cit. en la nota núm. 1 de esta página.

(4) La misma ley cit. en la nota anterior.

(5) ELVERS, *op. cit.* § 60, *in fine.*

ta a sus herederos y que, por el contrario, lo extinga la muerte del esclavo (1), mientras que la *habitatio* queda extinguida con la destrucción de la casa, y no dura más allá de la vida del *habitator* (2), singularidad que explica DONELO así: La servidumbre de las *operæ* consiste en los hechos del esclavo, mientras que la de la *habitatio* radica en el acto del *habitator;* y si debe juzgarse de la persistencia del derecho por la posibilidad del hecho, habrá que deducirla de esta forma: para la *habitatio,* de la duración de la vida del *habitator;* para las *operæ,* de la vida más o menos larga del esclavo. Y no se requiere una más profunda explicación, si tenemos en cuenta que se trata sólo de explicar la extensión que el disponente quiere dar a su concesión y la amplitud del derecho que constituye; no hay que averiguar la extensión que, según la ley pueda darle, ya que, por lo demás, el Derecho romano reconoce la posibilidad del usufructo hereditario (3), sin el término fatal que pone la vida del esclavo a la duración de las *operæ,* y de otra parte, el derecho de propiedad sobre la cosa usufructuada permanece menoscabado de valor frente al usufructo, cosa que no sucede en la constitución de un derecho a las *operæ,* porque el mismo permite al propietario del esclavo la posibilidad de obtener de él las restantes utilidades.

---

(1) L. cit. en la nota núm. 1 de la página 84; arg. ULPIANO, 7, D. *eod.*

(2) ULPIANO, 5, § 2, *Quibus modis,* VII, 4: MOD., 10, D. *De cap, min.,* IV, 5. WINDSCHEID (*Pandekten,* § 209, not. 8) quiere ver en el pasaje citado de Papiniano sólo la afirmación de la transmisión del legado; pero si el derecho a las *operæ* no se conservase por los herederos, no podría transmitirse a ellos el derecho de recoger el legado (v. el mismo WINDSCHEID, § 642, nota 12).

(3) O, más exactamente, del legado simultáneo de dos usufructos a una persona y a sus herederos; ULPIANO, 7, pr. D. *Quibus modis,* VII 4; 38, § 12. D. *De verb. obl.,* XLV, 1.

§ 2. La categoría de las servidumbres y las servidumbres personales irregulares en el Derecho romano.

Sumario: 43. Nombre y concepto general de la servidumbre. - 44. Supuestos caracteres comunes del usufructo y las servidumbres. - 45. Continuación. 46. Las servidumbres personales irregulares consideradas como una clase de servidumbres personales distintas del usufructo y del uso. - 47. Las servidumbres personales irregulares consideradas como modificaciones del usufructo y del uso. - 48. Continuación. - 49. La teoría del Derecho romano puro y la consagración consuetudinaria de las servidumbres personales irregulares.

43. Mucho antes de que apareciera la idea de separar la propiedad y el disfrute de los bienes y que, por consiguiente, este disfrute viniese a formar el contenido de un derecho real, fueron tutelados con acciones reales los intereses que nacían de las relaciones de vecindad entre los fundos; y a la necesidad de impedir que, dividida la tierra entre coasociados, la propiedad del uno fuese obstáculo a que otro obtuviese ventajas de la suya y para asegurar de esta suerte la posibilidad de que una de las propiedades constituyese o facilitase un medio complementario a la actividad desplegada en la otra, se proveyó admitiendo la relación entre varios predios mediante la constitución voluntaria de vínculos recíprocos de subordinación entre sí. Nacidos, en su forma más sencilla *(iter, actus, aquæductus)*, al conseguirse una ordenación estable de la propiedad individual, los derechos reales constituídos sobre un fundo en beneficio de otro, los *jura prædiorum* fueron adquiriendo cada vez mayor desarrollo, a causa de la creciente complejidad de la actividad que se desplegaba sobre la tierra y, por lo tanto, de las necesidades que venían a satisfacer; más adelante ya los encontramos separados y diferenciados en dos clases: *jura prædiorum rusticorum* y *jura prædiorum urbanorum*, según que se estableciesen para la utilidad de un predio rural o de una casa habitable. Por una de aquellas inducciones superficiales que multiplican las metáforas en el desarrollo primordial del lenguaje, hubo de aplicarse a estos derechos, que producían la sujeción de un fundo a otro, el nombre con que era designada la sumisión absoluta de un hombre a otro hombre, y se llamaron *servitutes*, con el cual nombre no se ponía de relieve más que uno de los aspectos resultantes de la relación de los *jura prædiorum;* la condición del fundo, que era su objeto, y la diversidad de situación también en que quedaba éste, tan desemejante

de la del fundo que estaba completamente a disposición de su dueño.

Pero la *servitus fundi*, o lo que se quería designar con este nombre, que era, más bien que la falta de libertad del fundo, la disminución de libertad de su propietario, no era sólo una consecuencia característica de los *jura prædiorum*, porque al *ususfructus*, al *usus* y a la *habitatio*, con fundamento económico y naturaleza jurídica enteramente distintos de aquéllos, podía aplicárseles igual denominación (1) (a). Lo mismo podía haberse hecho con los demás *jura in re aliena*, o sea con la superficie, la enfiteusis y la hipoteca; y aun no faltan ejemplos de ampliación de este mismo nombre de *servitus*, que hallamos aplicado en el Digesto a la superficie (2). Si hubo de quedar principalmente adscrito, sin embargo, para designar — junto a los *jura prædiorum* — el usufructo y sus modificaciones, ello dependió simplemente de la circunstancia de que éstos y aquéllos son los derechos sobre cosa ajena nacidos bajo la protección del *jus civile*. La designación de *servitutes* había adquirido un carácter técnico antes de que, por obra de los edictos del pretor y de los rescriptos imperiales, lograran desenvolvimiento la superficie, la enfiteusis y la hipoteca; pero el nombre común no implicaba la idea de que unas y otras instituciones tuviesen una naturaleza específica común también; por eso, en las obras de Justiniano, como probablemente había ocurrido en el Edicto (3), se trataban con abso-

---

(1) MARC., 1, D. *De servitut.*, VIII, 1; ULPIANO, 6, § 4, D. *Si serv.*, VIII, 5; PAULO, 1, *De us. leg.*, D. XXXIII, 2, 1, § 9, *Ad leg. Falcid.*, XXXV, 2; 25, *De verb. signific.*, L. 16; PAPIN., 66, § 7, *De leg.*, II, XXXI. Puede inducirse la anterioridad de la denominación de *jura prædiorum*, con respecto a la de *servitutes*, en GAYO, 1, § 1, D. *De div. rer.*, I, 8 (v. § 3. I, *De rebus corpor.*, II, 8); *jura prædiorum quæ etiam servitutes vocantur.* De los muchos pasajes en que se contrapone *servitutes* a *ususfructus* resulta que la denominación de *servitus* se aplicó en su origen sólo a los *jura prædiorum*; véase, por ejemplo, ULPIANO, 9, § 7. *Quod metus c.*, D. IV, 2; 2, *Si servitus vindic.*, D. VIII, 5; 1, pr., *De cond. trictic.*, D, XIII, 3.

(a) [Aunque el texto que contiene la división de las servidumbres en reales y personales se atribuye en el Digesto a MARCIANO, LONGO ha probado que hay razones para creer que esta distinción sistemática data solamente de los compiladores, que parecen haber interpretado un cierto número de textos relativos al usufructo para crear la categoría de las servidumbres personales (*La categoria delle servitutes in dir. rom. classico*, en el *Bull. dell'Ist. di Dir. Rom.*, XI, 1898, páginas 281 y siguientes).]

(2) JUL., 86, D. *De leg.*, I, XXX.

(3) Arg. en ULPIANO (lib. XVII *ad Edict.)*, 2 pr., *Si servit. vindic.*, D. VIII, 5. De la Instituta, el título III del libro II se titula *de servitutibus*;

luta separación los *jura prædiorum*, de un lado, y de otro, el *ususfructus*, el *usus* y la *habitatio*. No hubo más que una aplicación analógica, que primeramente se hizo del nombre *servitutes* al usufructo y a sus modificaciones, designándolos, por su inherencia a una persona individualmente determinada, con el calificativo de *personales*, en oposición a los *jura prædiorum*, *servitutes reales* o *prædiales*, o bien según la subdivisión, *servitutes rusticæ* y *urbanæ;* y luego, y también analógicamente, al usufructo se aplicaron, para reclamarlo o rechazarlo, los mismos recursos judiciales *(actio confessoria y negatoria)*, que a quien demandaba el reconocimiento de una servidumbre predial o pedía su liberación (1), mientras que a los *jura in re aliena* nacidos con posterioridad, como se les dió a cada uno un nombre propio, se les dotó igualmente de recursos propios; por último, y en general, se aplicaron analógicamente principios reguladores y criterios interpretativos adaptables por su naturaleza a ambos órdenes de institutos, que si no tienen una específica comunidad, indudablemente tienen de común el pertenecer a la categoría de derechos sobre cosa ajena.

Pero la síntesis, nominal nada más, de la jurisprudencia romana, fué estropeada por la elaboración posterior. Lo que llegó a ser la doctrina general de las servidumbres por obra de la Glosa y de los postglosadores nos lo revela aquel curioso *arbor servitutum*, que con pocas variantes aparece intercalado en las viejas ediciones del Digesto (2). No se aplica ya al usufructo y a sus modificaciones el nombre de *servitus personalis*, sino que con él va indicada la servidumbre de la persona, y en una mezcolanza barroca de Teología y Jurisprudencia se subdistingue esta *servitus* en tres clases: *ex jure divino (honesta, in mancipatione Dei; turpis, in mancipatione diabuli*, o *ex veteri testamento*, la sumisión del hombre al pecado ori-

---

el IV, *de usufructu;* el V, *de usu et hab.* El libro VII del Digesto trata en nueve títulos del usufructo, del uso, de la habitación y de las *operæ servorum;* consagra a las servidumbres el libro VIII, en el que, fuera de la ley 1.ª del título I citado, no se mencionan las servidumbres personales; el título II del libro XXXIII trata del legado de usufructo, y el legado de servidumbre es objeto del título siguiente. De igual suerte, el título XXXIII del libro III del Código lleva el epígrafe: *De usufructu et habitatione et ministerio servorum*, y de las servidumbres se habla en el título XXXIV.

(1) L. 2, D. *Si serv. vind.*, VIII, 5, ya cit.

(2) Edición de Lugano de 1542, de Venecia, de 1584 y 1606; también está en los *Commentaria ad Digestum vetus*, libro VIII de BARTOLO, quien, sin embargo, censura la tripartición de la Glosa.

ginal; *ex novo testamento*, la sujeción a la redención), *ex jure gentium, ex jure positivo*. Frente a la *servitus mere personalis* aparece la *servitus mere realis*, que conserva el contenido de la servidumbre predial romana. Y, entre las dos, la *servitus mixta*, que a su vez se subdivide en dos clases: *debita a re personæ, debita a persona rei*; de las cuales la primera coincide con la servidumbre personal romana, y la segunda, aunque con cierta vacilación, se aplica a las relaciones nacidas de una de aquellas disposiciones modales; *ut a monumento non recedat, ut sollemnia mortis peragat*, para las cuales el Digesto, al menos respecto a los libertos, admitía una coacción al *facere*, y en donde no aparece una persona a quien beneficie la prestación impuesta (1). Todavía encontramos en CEPOLLA (2) la división tripartita de las servidumbres; pero ya abandona la subdivisión de las *servitutes mixtæ*, e incluye en esta clase sólo el usufructo, el uso y la habitación. El cardenal DE LUCA (3), en cambio, mantiene la tripartición de la servidumbre, y todavía subdistingue las servidumbres personales en activas y pasivas, haciendo coincidir las personales activas con la clase primera de las servidumbres mixtas, y amplía el concepto de las servidumbres personales pasivas, admitiendo unas servidumbres personales *impropias*, como el famulado, el vasallaje con respecto al señor feudal y cualquiera clase de dependencia de las personas; finalmente, en un último grupo de servidumbres personales pasivas, coincidente con la segunda clase de servidumbres mixtas *(debitæ a persona rei)*, comprende aquellas limitaciones que en la época feudal hubieron de multiplicarse y exigirse a tuertas y a derechas por soberanos, barones y municipios, del comercio, de la industria y de toda clase de actividad, en interés patrimonial de los poderosos, como la obligación de no cocer el pan sino en sus hornos, ni llevar a otros molinos que los suyos los granos, avena y aceitunas (4).

44. Si los redactores del Código napoleónico modificaron la denominación de las servidumbres prediales, aplicándoles la designación de *services fonciers*, y hubieron de esquivar la denominación de servidumbres personales con respecto al usufructo y al uso, ello obedeció, no sólo al deseo de borrar de las leyes una palabra mal-

(1) PAPINIANO, 71, § 2, D. *De condit. et demonstr.*, XXXV, 1.; MOD., 44, D. *De manumiss. test.*, XL, 4.

(2) *Tract. de Servitutibus*, c. 1, VII.

(3) *Doctor Vulgare*, 1, IV, p. I., c. I y II.

(4) DE LUCA: *Theatr. just. et veritatis, De regalibus*, I, II, d. 144 y 145.

sonante a los oídos de un pueblo libre, sino porque importaba suprimir un equívoco acerca de la naturaleza de las instituciones jurídicas que se proponían regular, instituciones cuyo concepto había ido oscureciéndose en el curso de los siglos y enquistándose en él la consagración de preeminencias feudales de un predio sobre otro y de relaciones también de sujeción personal, derivadas de aquella preeminencia. Mas, aunque purgado de aquellos residuos medievales y feudales, el concepto general de servidumbre no es un concepto orgánico y fecundo en aplicaciones vitales para la sistematización y el desenvolvimiento de las reglas jurídicas. Ninguno de los principios que se intentan obtener de las normas que regulan el usufructo y el uso, así como de las que rigen las servidumbres prediales, es aplicable a unos y a otras indistintamente, ni tampoco exclusivamente a aquéllos ni a éstas. No lo es el principio de que el objeto ha de ser una cosa de propiedad ajena *(nemini res sua servit)*, ni el principio de que medien sólo obligaciones negativas *(servitus in faciendo consistere nequit)*. El primero es común a la superficie, la enfiteusis, la prenda y la hipoteca, y no es más que la aseveración formularia del concepto de «derecho sobre cosa ajena». Las aplicaciones que de él pueden hacerse son distintas, sustancialmente, en cuanto al usufructo y a las servidumbres prediales; por la indivisibilidad de éstas no puede constituirse un derecho de servidumbre en beneficio de quien sea copropietario del fundo sirviente; pero no se extingue el derecho de servidumbre si el propietario del fundo dominante adquiere la copropiedad de aquél; y en cambio, por la divisibilidad del usufructo, puede constituirse un derecho de usufructo a favor de quien sea copropietario de la cosa usufructuada, y extinguirse parcialmente dicho usufructo si el usufructuario adquiere la copropiedad de la cosa usufructuada (1). El segundo es un principio común a todos los derechos reales; no se debe incluir entre éstos los que implican *obligaciones reales;* es decir, obligaciones positivas que incumben a personas que sólo pueden ser determinadas por la propiedad que les corresponde sobre un cierto fundo (2); y de todas suertes, o debe decirse que la co-

(1) VANGEROW, *Pandekt.*, § 340, n. 2. WINDSCHEID, *Pandekt.*, § 209, números 17 y 18.

(2) En contra de la inclusión en la categoría de los derechos reales, de los *derechos de obligación real (Reallasten)*, seguida, sin embargo, por la mayor parte de las legislaciones alemanas, v. STOBBE, *Handbuch d. deutschen. Privatr.*, II, § 101.

rrelación de una obligación positiva es tan extraña al usufructo como a la servidumbre y otros derechos reales (superficie, enfiteusis, prenda o hipoteca); o habrá que admitir en el derecho de obligación real un elemento que en algunos casos y en diversos modos anime el derecho de servidumbre (1), y por el cual puede, diversamente también, animarse el derecho de usufructo. (2).

No puede decirse que respecto al usufructo, como respecto a la servidumbre, la propiedad tenga carácter de derecho preferente, al contrario de lo que ocurre en otros derechos reales (3). Entre la disminución de valor que sufre la propiedad con la constitución del usufructo, que priva al dueño por un lapso, que puede llegar a ser muy largo, de la facultad de obtener toda la utilidad posible de su cosa, y la que supone la imposición de una servidumbre que sólo le arrebata una mínima parte del disfrute, hay una diferencia mucho mayor que la que media entre el usufructo, de un lado, y de otro la superficie y la enfiteusis, y aun lo mismo pudiera decirse con relación a la prenda y la hipoteca; porque la facultad de dejar sin propiedad al dueño, más bien que una emanación de estos derechos, hay que considerarla como atribuída a todos los acreedores, y no resulta, por tanto, que aquellos derechos estén en posición subordinada y secundaria respecto al de propiedad.

Tampoco es un carácter distintivo común al usufructo y a la servidumbre la circunstancia de que su contenido esté indicado por el nombre mismo, en tanto que en otros derechos reales el nombre mismo corresponde a su específica determinación legal (4). En realidad, esta específica determinación legal, como ocurría en las servidumbres prediales típicas, que fueron reguladas individualmente por el Derecho antiguo, antes de que asomase el concepto común de *servidumbre*, se conserva en el nuevo Derecho para el usufructo y tiene un contenido y un carácter permanentes; pero lo mismo sucede con la enfiteusis, la superficie y, en general, con todos los derechos reales no incluídos entre las servidumbres.

---

(1) Cfr. en este particular WINDSCHEID, § 211, *a;* VANGEROW, § 342; ELVERS, *op. cit.*, § 6.

(2) V. *supra*, ns. 30 y 31 (págs. 54 y 59 y siguientes).

(3) Como hace WINDSCHEID, § 200, núm. 3.

(4) En tal concepto, v. VANGEROW, § 338, not. 1 (a).

(a) [DUSI, defensor de la unidad de concepto de las servidumbres reales y personales, afirma en este sentido que los dos grupos se reunen en la categoría de los «derechos reales de goce inalienables». *Istituzioni di dir. civ.*, t. I, p. 391, núm. 5.]

45. Tampoco la inalienabilidad (1) constituye un carácter distintivo común al usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres prediales; las servidumbres prediales que se destinan a la utilidad de un fundo determinado no pueden separarse en sí, ni en su disfrute, del fundo dominante; ni el uso, que se destina a la satisfacción de necesidades de cierta persona, tampoco puede traspasarse a otra, ni en sí ni en cuanto al disfrute de la dicha cosa (y por eso, no cabe decir con propiedad, que tal derecho forme parte del patrimonio del usuario, ni la servidumbre constituye elemento patrimonial, especial e independiente); pero el usufructo (en el Derecho romano también la habitación) es una propiedad nueva, con la que aumenta su patrimonio el usufructuario, quien puede disponer de él en diversas formas y que aumenta los medios de que sean pagados sus acreedores.

Hay otro principio que hubieron de expresar ya los jurisconsultos romanos, en aquella forma de aforismos suya que muchas veces se desvirtuaron, convirtiéndolos en afirmación de una verdad general; y es el de que un derecho de servidumbre no puede ser objeto de otra servidumbre *(servitus servitutis esse non potest)*, cuyo alcance hay que restringirlo también a las servidumbres prediales. Estas únicamente, como adscritas de modo indisoluble a su fin de procurar utilidad a un fundo, no pueden destacarse de éste para beneficiar a otro ni tampoco a persona que no disfrute de la propiedad o del goce del fundo dominante. Pero el usufructo sí puede ser objeto de transmisión, bien que sea limitada a su ejercicio, y puede, por tanto, constituir objeto de otro usufructo (2).

---

(1) VANGEROW, *loc. cit.*

(2) WINDSCHEID, § 200, nota 5. La l. I, *De us. leg.*, D. XXXIII, 2, donde aparece el axioma *servitus servitutis esse non potest*, según una plausible interpretación, se refiere tanto a una servidumbre predial constituída a favor del fundo del disponente, cuanto a una servidumbre que haya de constituirse sobre el fundo del mismo. PAULO niega que pueda legarse separadamente el usufructo o el uso de la primera, esto es, que se pueda atribuir el disfrute a una persona independientemente del goce o de la propiedad del fundo a cuyo favor está constituída. AFRICANO, 33, § 1, *De serv. pr. rust.*, D. VIII, 3, lo confirma, clara y precisamente, cuando dice que no puede superponerse a una servidumbre existente otra servidumbre ni un derecho independiente de usufructo. La servidumbre viva no es por sí un elemento patrimonial *(ex bonis)*, aun cuando no pueda decirse que quede fuera del patrimonio del titular *(extra bona)*. Menos aún es un elemento patrimonial la servidumbre que se haya de constituir sobre el fundo del disponente; éste podrá ordenar su constitución o

Por último, tampoco del modo en que la propiedad puede ser liberada de las servidumbres cabe pretender deducir la naturaleza de la relación en que se hallan con la propiedad, y, consiguientemente, ver en ellas, no una disminución, sino una simple restricción del derecho de propiedad; porque la consolidación o reintegración de la propiedad es un efecto inmediato de la extinción de la servidumbre, y no depende de un acto distinto de adquisición por

---

su limitación; pero no la limitación en forma que creara un usufructo sobre objetos que por sí no son aptos para el mismo. Pero, a fin de que pueda tener eficacia práctica una disposición de esta naturaleza, en el primer caso, cuando se deje el usufructo de una servidumbre constituída a favor de un fundo del disponente, el legatario pedirá al heredero que le asegure un derecho personal con el contenido mismo de la servidumbre y respecto al dueño; en el segundo, al dejársele el usufructo de una servidumbre que se haya de constituir sobre el fundo del disponente, el legatario podrá solicitar que se constituya, aunque limitándola a su beneficio con la *demonstratio personæ*, y excluyendo al que le suceda en la propiedad del fundo dominante (compárese más adelante número 48). Así, HANAUSEK, *d. uneigentl. Niessbrauch*, § 12. Las variadísimas interpretaciones que se han dado a este pasaje proceden, ordinariamente, de una u otra de las hipótesis a que se presta. V. HANAUSEK, *loc. cit.;* ELVERS, *op. cit.* § 26; WINDSCHEID, § 206, nota 10. Hay que rechazar resueltamente la personal interpretación de BÜRKEL *(Beitr. zu d. Lehre v. Niessbr.*, I, § 7), que quiere deducir de la última parte del fragmento la admisión del usufructo y el uso de las servidumbres prediales, independientemente del usufructo y del uso del fundo para el cual las servidumbres son constituídas (derogando en tal sentido el Derecho estricto); de donde resulta una verdadera enajenación de la servidumbre por su titular, y el abandono completo de la regla *servitus servitutis esse non potest*. Pero si examinamos este axioma o este principio a la luz de los razonamientos que formula PAULO para justificarlo, aparece claro que no puede ser de aplicación para excluir el usufructo como objeto de usufructo. Una servidumbre no es objeto posible de usufructo, porque no está *in bonis;* pero el usufructo sí lo está, porque forma un elemento del patrimonio. De este fragmento se ha querido deducir también que los romanos no estimaron que pudieran ser objeto de usufructo las servidumbres constituídas en favor del fundo usufructuado (véase *supra*, núm. 15). Pero si la opinión predominante (véase, sin embargo, en contra, JUL., ap. ULP., I, § 4, *De remission.*, D. XLIII, 25) era que el usufructuario del fundo no pudiera ejercitar, ni siquiera como *actio utilis*, la *vindicatio servitutis* que correspondía al propietario, podía, en cambio, pedir la servidumbre mediante la misma *vindicatio ususfructus*, probando su cualidad de usufructuario (ULP., I, pr. *Si ususfr. pet.*, D. VII, 6; 2, párrafo 2, *Si serv. vind.*, D. VIII, 5) y disfrutar de ella. La servidumbre no puede constituir aisladamente objeto de usufructo; pero el usufructo de un fundo dominante comprende el usufructo de las servidumbres inherentes a él.

parte del propietario; tampoco en ello encontramos, pues, una nota específica común al usufructo y a las servidumbres prediales, ya que para algunas de éstas la liberación de la propiedad de la carga que la grava está precisamente subordinada al acto de una nueva adquisición, a la usucapión de la libertad del fundo (1).

46. La reunión en una sola y única categoría jurídica de las normas que rigen el usufructo y de las que regulan las servidumbres prediales ha creado la ambigua doctrina de las servidumbres personales irregulares, en torno a la cual se disputa en el Derecho vigente, como se disputaba en la época de la Glosa. Si son derechos de la misma naturaleza aquellos que se clasifican como servidumbres personales y prediales, su característica sustancial no podrá ser otra que la común sujeción a otro fundo, la limitación del derecho de propiedad ajeno; será meramente accidental la cualidad, la can-

(1) VANGEROW, § 338, núm. 1. No sería oportuna aquí una crítica de las tentativas hechas para fijar el concepto general de las servidumbres; entre las más enfadosas e infelices está la de ELVERS, *op. cit.*, §§ 4 a 35, para quien la servidumbre es un derecho real, que tiene por objeto, no una cosa, sino una cualidad especial de la cosa material ajena, cualidad que por una ficción jurídica asume el carácter propio de cosa (pág. 310). Y al modo como en el usufructo el objeto sería la productividad de la cosa, así en la *servitus altius non tollendi*, por ejemplo, lo sería la cualidad que la casa tiene de podérsele levantar nuevos pisos (pág. 38). No hay definición alguna, medianamente satisfactoria de la servidumbre, que prescinda de la dualidad de su contenido, que no es tal dualidad, sino antítesis económica y jurídica. Uno de los más esclarecidos pandectistas alemanes, KELLER *(Pandekten*, § 162), no halla otra nota específica común a las servidumbres personales y a las prediales, que ésta: que en las primeras el fundo sirve a los intereses de un no propietario, y que en las segundas sirve a los intereses de otro fundo; y hace notar que hay mucha mayor diversidad que caracteres comunes entre ambas categorías. Según la agudísima observación de SUMNER MAINE, *Etudes sur l'ancien dr. et la cout. primitive*, c. X, lo excepcional del usufructo respecto al concepto de la propiedad romana, propiedad absoluta y perpetua, es lo que indujo a los jurisconsultos romanos, al querer sostener aquella anómala institución, a intentar su acercamiento a la categoría consagrada de las servidumbres prediales. Aquel concepto está en oposición completa con el feudal de la propiedad, para el que no hay más derecho absoluto y perpetuo que el derecho eminente del soberano, al cual están subordinados todos los demás derechos sobre la tierra, y donde, por consiguiente, se consideraba normal la existencia simultánea sobre el mismo fundo de derechos que deben ejercitarse en períodos sucesivos de tiempo.

tidad de poder que contengan las diferentes clases, y podrán multiplicarse éstas sin salirse de los confines señalados por el Dereho objetivo al desenvolvimiento de estas instituciones, y reconocer como constitución de otras tantas servidumbres personales la concesión en favor de una persona de cuantas facultades distintas forman el contenido de las diferentes servidumbres prediales. Pero el error de la premisa es indudable; servidumbres personales y prediales no son derechos de igual naturaleza; lo que se quiere expresar como característica común suya, o sea la limitación del derecho de propiedad ajeno, no es su característica sustancial, sino cosa muy distinta. La naturaleza de una y otra clase de derechos nos la da precisamente la cualidad y la cantidad de los poderes que contienen; la limitación de la propiedad ajena es el resultado de las obligaciones establecidas como correlativas a estos derechos; pero es un resultado, además, de las obligaciones correlativas a todos los demás derechos reales, que se idean también como gravámenes o vínculos de la propiedad. Es evidente que el Derecho objetivo no reconoce, respecto al origen de las servidumbres prediales, que puedan constituirse arbitrariamente por el propietario tantas clases de ellas como quiera el dueño para atender a necesidades o criterios particulares, sino que, de entre las formas en que puede estar subordinado un fundo a otro, extrae y consagra las que en principio respondan a una idea común de utilidad y conveniencia; y a las normaciones que dichas especies reciben de los Tribunales y de las leyes tienen que sujetarse uniformemente los particulares cuando quieren constituirlas. O dicho en otros términos: para el Derecho objetivo no hay más que *servidumbres típicas*, o sea que él es quien por sí mismo las modela según un tipo fijo, si bien los particulares, al constituirlas, pueden agregarles alguna medida *(modus)* por la que quede restringido el derecho que establecen, quitando o modificando algunas de las facultades que, según la norma legal, están comprendidas en aquel tipo (1). Andando el tiempo, y ante la complejidad y varie-

(1) PEROZZI, *Sulla struttura delle serv. pred. in dir. rom.* (Publicaciones de la Universidad de Macerata en el VIII centenario de la fundación de la Universidad de Bolonia), § III, dice «que el *modus* no es un contenido del derecho, sino que es una disposición que se adopta respecto al ejercicio del mismo, sin alterar su esencia». Está bien lo de «no alterar la esencia», pero no sin modificar el contenido. El *actus equo duntaxat* (PAP., 4, § 1, *De serv.*, D. VIII, 1) es un derecho de contenido más limitado que el *actus* sin adición modal. Sin embargo, y dicho sea incidentalmente, cuanto afirma en el § IV del citado trabajo, de que abandonado el concepto de la servidumbre tipo y ad-

dad de los intereses que piden solución, la elaboración de tipos nuevos por parte de la jurisprudencia va siempre a remolque de lo que, marchando con mayor rapidez, exigen las conveniencias de los fundos; entonces hay que abandonar el principio mismo de que exclusivamente son admisibles las servidumbres-tipos, y adoptar el de que pueda constituirse sobre un fundo, en beneficio de otro, cualquier figura de servidumbre, siempre que con ella se busque tutelar un interés permanente del fundo dominante (1). Pero no hay razón alguna económica en que poder fundar una ampliación equivalente para la categoría de las servidumbres personales; ninguna de las pretendidas formas de servidumbres personales irregulares es apropiada para la consecución de los fines que dieron vida a la institución del usufructo; ni existen intereses distintos que justifiquen la desmembración de la propiedad y el aumento de gravámenes sobre los predios. Y en las fuentes no hay rastro siquiera de semejante ampliación del grupo de servidumbres personales; sólo de un modo harto incidental se alude a la abstracción misma que constituye la categoría, y de todas suertes se la refiere constantemente a tres o cuatro tipos fijos, a saber: el usufructo, el uso, la habitación y las *operæ*.

47. Varios escritores han reconocido que estos tipos se mantuvieron firmes en todo el desarrollo del Derecho romano; no obstante, ha habido quien crea que pueden multiplicarse dentro de

---

mitida la libertad de constitución de las servidumbres prediales, carece de razón de ser el nombre y el concepto del *modo*, es muy justo. Modo no puede entonces seguir significando las limitaciones voluntarias de la modelación legal, sino una determinación voluntaria *accesoria* en relación con la determinación voluntaria *principal*, o sea limitación de la determinación voluntaria principal. Si por hacer depender totalmente de la voluntad de las partes la determinación de la servidumbre, se anulase la distinción entre la esencia y la modalidad de éstas, llegaríamos con rigor lógico a la consecuencia inadmisible de que se extinguiera totalmente la servidumbre en caso de ejercitarse en un ámbito más reducido que el de su constitución.

(1) Según la opinión corriente, ya en la época de la jurisprudencia clásica había sustituído el principio de la libertad de constitución de servidumbres prediales, al de reconocimiento sólo de las servidumbres-tipos; pero esto no puede destruir lo razonado en el texto. Véase en contra de esta opinión la monografía de PEROZZI que hemos citado en la nota anterior. Cfr. *infra*, en el número 54, lo relativo a la permanencia del interés del fundo como requisito para el reconocimiento de las servidumbres.

ellos las servidumbres personales, a la manera de lo que ocurrió antes o después con la formación de servidumbres prediales que caían fuera de los tipos primitivos, y que se podían reducir las llamadas servidumbres personales irregulares a variedades, o modalidades simplemente, del usufructo y del uso. No cabe duda de que hay que mirar y considerar las determinaciones particulares del acto constitutivo para apreciar la amplitud del ejercicio de un usufructo o un uso; y se dice: ¿y por qué la voluntad del constituyente no ha de poder, lo mismo que suprimir o limitar alguna de las facultades del concesionario, reducir a una sola el contenido del derecho que constituye? Pero, pensando así, se olvida cuál es la normación legal del usufructo. No se fija de un modo específico, sino genérico, la potestad que se concede al usufructuario; no de un modo positivo, sino en forma negativa; este contenido del usufructo no se regula como un haz de facultades singulares; consiste en el conjunto de cuantas facultades puedan procurar utilidad al usufructuario, dentro de los límites que marca la necesidad de que, al terminar el usufructo, se asegure la consolidación del pleno dominio. El Derecho objetivo no dice *lo que* el usufructuario puede hacer, sino sólo lo que éste *no puede hacer*, para lo cual señala los límites que no puede rebasar en su disfrute (1). El constituyente, por su voluntad, podrá modificar este ámbito legal agregándole un *modus*, una medida, a la manera como, excluyendo o limitando facultades singulares de disfrute, pueden modificarse las servidumbres tipos, pero no mediante la voluntaria especificación del contenido del derecho. En el primer caso habrá una variedad del tipo legal, un usufructo limitado, un usufructo modal; en el segundo, será un tipo de derecho distinto del usufructo.

También puede reducirse el uso a un usufructo modal: quien para asegurar a una persona la satisfacción de sus necesidades, constituye a su favor un derecho de disfrute, no atribuye al concesionario facultades singulares positivamente determinadas, ni excluye tampoco facultades singulares; discierne un complejo de ellas, poniendo al ejercicio de las mismas un límite más restringido que el resultante de la determinación legal del usufructo; el límite de la necesidad personal del usuario. Si a diferencia de cuanto puede su-

(1) No hay necesidad de citar en apoyo de esta opinión otros textos que la propia definición del usufructo; el *salva rerum substantia* es el límite señalado al disfrute y sería insensato aplicar esta definición a un usufructo limitado a una facultad singular de goce.

ceder en otras concesiones de usufructo limitado, no se prohibe al concesionario hacer tal o cual cosa, sino que en forma positiva se le faculta para procurarse de la cosa la satisfacción de sus necesidades, esto no implica una especificación jurídica de las facultades de goce; le queda siempre atribuído genéricamente el disfrute de la cosa, el complejo de las facultades de que deriva este goce, aunque al ejercitarlo no deba traspasar un cierto resultado económico. Sin embargo, como semejante limitación alteraba notablemente el tipo primitivo de usufructo, debió surgir y desenvolverse el *usus* como una institución propia y de tipo distinto. Con más motivo hubieron de desenvolverse, como tipos distintos también, la *habitatio* y las *operæ*, precisamente porque sobrevenía una especificación del contenido, implícitamente en la *habitatio* y expresamente en las *operæ*.

Inexplicable completamente sería que la jurisprudencia romana hubiera querido reconocer el carácter de una variedad del usufructo cuando no eran aplicables la mayor parte de las reglas por que se rige éste, y convertir en derecho real algunas facultades sueltas de disfrute sobre la cosa en favor de una persona. No podrían aplicársele aquellas normas que son reflejo de la posesión natural del usufructuario, o sea la atribución *utiliter* de acciones e interdictos que corresponden al propietario, porque dichas acciones e interdictos son consecuencia de la divisibilidad del usufructo; tampoco la *cautio fructuaria* (1).

Y lo que ocurriría al englobar aquel conjunto de instituciones tan dispares sería, aparte de otras singulares consecuencias, que se hubiera de reconocer la coexistencia de varios usufructos sobre la misma cosa.

Hay que desechar la especie de que las pretendidas servidumbres personales irregulares fueran reputadas variedades del uso más bien que del usufructo, no sólo por las consideraciones que hemos expuesto respecto a la determinación negativa del usufructo, perfectamente aplicables al uso, sino por todo lo dicho extensamente en los números 36 y 37 respecto a la relación del uso con la capacidad de disfrute del usuario. Pero ni aun para la doctrina que niega esta relación, y da al uso un complejo de facultades distintas de las contenidas en el *fructus*, sería posible esta subordinación, porque muchas de las facultades que constituirían el objeto de las servidumbres irregulares entrarían en el *fructus*, no en el *usus*; por

(1) Véase, para el desarrollo de este particular, COHNFELDT, *d. sogenannt. irregularen Servitutes* (Leipzig, 1862), I, § § 3 y 4.

lo demás, los que sostienen que las servidumbres personales irregulares están comprendidas en los tipos consagrados por la jurisprudencia romana, no les dan entrada exclusivamente en el tipo del usufructo o en el del uso, sino alternativamente en uno o en otro, según que esté o no limitado a las necesidades del concesionario el ejercicio de las facultades singulares concedidas (1).

48. Según CUYACIO (2), que, si no el creador de la teoría de las servidumbres personales irregulares, fué el principal difundidor de ella, se pueden atribuir indistintamente, bien como usufructo, bien como uso, todas las facultades que forman el contenido de las servidumbres prediales (3).

Dada la premisa, es perfectamente lógica la consecuencia, y hay que rechazar por arbitraria cualquier distinción entre aquella y esta facultad; porque si prescindiendo de la forma en que se define el usufructo queremos analizar su contenido posible, encontraremos que el usufructuario, no sólo puede realizar todos los actos de goce susceptibles de ejecutarse como otras tantas servidumbres prediales (puede discurrir por el fundo usufructuado, llevar a él a sus ganados para que pasten, tomar agua de arroyos o manantiales que corran por el predio o surjan en él, etc.), sino que puede también impedir al propietario y a cualquier otra persona, que se produzcan de tal suerte que dificulten con sus actos el disfrute de aquél, y, más en general, impedir que nadie desenvuelva una actividad en cuya virtud se modifique de cualquier forma la cosa usufructuada o se alteren aquellas relaciones en que se encontraba la cosa al constituirse el usufructo. Contra la voluntad del usufructuario, no puede el dueño cortar árboles, arrancar plantas, desviar las corrientes de agua, construir o simplemente alzar más un edificio, ni mudar el destino económico del fundo sujetándolo a otro género de

---

(1) Como ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *üb. d. sogenannt. irregulären Personalservituten* en el *Archiv. f. civil. Prax.*, t. XXVII, pág. 51. Compárese DUARENO, *Comment. ad Dig.* ad l. 4, *de serv. pr. rust.*; CUYACIO, t. cit. en la nota siguiente; NOODT, *Probabil. juris civil.*, l. I, c. III, n. 10; GIPHANIUS, *Comm. ad instit. imper.*, l. II, t. III, etc.

(2) *Potest eadem servitus modo esse praedialis modo personalis; nec ulla est quae semper sit praedii, id est quae non possit esse personalis*, en *Responsa Papin.*, l. II, ad l. 4 *de serv. pr. r.*, y en las *Recitat. solem.* a la misma ley. . . *(jura) possunt esse personalia ut tunc assumunt nomen usus aut ususfructus. Nam his nominibus omne jus personale continetur.*

(3) ZACHARIAE, en la citada monografía, pág. 52.

producción (apertura de establecimiento, por ejemplo). Y la potestad de impedir al propietario estos actos constituye precisamente el contenido de las servidumbres prediales negativas. Tampoco puede justificarse una distinción que autorice a considerar constituído un usufructo modal sólo cuando la facultad adquirida consista en ejercer o en realizar un cierto acto de disfrute; porque a ello puede oponerse que en el usufructo no modificado, la facultad de *impedir* no va atribuída como una facultad subsistente por sí misma, sino sólo como medio para el ejercicio de las facultades de usar y disfrutar. Pues aunque esto es muy cierto, lo mismo cabría decir de la facultad de ejercitar determinados actos de disfrute, que no se conceden singularmente al usufructuario con miras a la utilidad que le pueda reportar cada acto en particular, sino conjuntamente, como medios de adecuar la cosa a la consecución de todas las utilidades de que sea capaz.

Antes de dar por terminada esta cuestión, conviene fijar la atención en otra, que es distinta de la hasta ahora tratada, y consiste en determinar la posibilidad de constituir una servidumbre predial en beneficio exclusivo del propietario actual del fundo. Porque si bien en el Derecho antiguo la solemnidad del acto constitutivo de la servidumbre no permitía la agregación de términos o de otra modalidad cualquiera, con el tiempo se consiguió dar a esto eficacia por vía indirecta, autorizando al constituyente para oponer la excepción del pacto concertado, y la de dolo por cualquier poseedor del fundo sirviente si hubiera pretendido ejercitar la servidumbre persona distinta de aquella en cuyo favor había sido constituída; o preventivamente, exigiendo del concesionario de la servidumbre que asumiera la obligación de restituirla, de suerte que no pudiera ser transmitida a sus herederos (1). Pero semejante forma de servidumbre es una verdadera servidumbre predial, con los caracteres de indivisibilidad, inalienabilidad absoluta, y, sobre todo, de la subordinación de un fundo en beneficio de otro. Donde se plantea la cuestión de si la servidumbre puede reputarse eficazmente constituída es cuando falta ese fundo en cuyo beneficio es creada aquélla, que lo ha sido a favor de una persona individualmente determinada; el titular, ¿adquiere entonces verdaderamente un derecho real, clasificable entre las servidumbres personales, con el contenido que tendría una servidumbre predial, si existiera un fundo dominante? En los razonamientos anteriores hemos visto que el

(1) PAP., 4 pr. D. *De serv.*, VIII, 1. Cfr. *infra*, la nota 2 de la p. 102.

Derecho romano no consentía la constitución de derechos reales en esta forma como una especie de servidumbre distinta del usufructo y del uso, y que ni la admitía ni podía admitirla como modalidad del usufructo y del uso; por tanto, para asegurar a determinada persona una utilidad particular de una cosa, necesitaba recurrirse a la constitución de un derecho de obligación.

49. No sin impugnadores, ésta era la opinión que prevalecía en la Glosa (1) y la que dominó en la época de los comentaristas. ZASIO (2), que fué quien dió el nombre de *servidumbres personales anómalas, innominadas* o *irregulares*, a los derechos que se constituían en contemplación exclusivamente a una persona, y cuyo contenido era una servidumbre predial, no quiso alterar la doctrina dominante en su época y no reconoció en aquéllos el carácter de «realidad» que la moderna terminología une constantemente a la idea de servidumbre. CUYACIO fué después quien dió vuelo a la doctrina opuesta, introduciéndose por algunos escritores notables alteraciones y variantes. Así, por ejemplo, reconocieron unos la existencia de sólo dos servidumbres personales: el usufructo y el uso, en las cuales pueden comprenderse otras muchas que contienen una sola facultad determinada (3); otros dijeron que hay tantas servidumbres personales, como prediales (4); no faltan, por último, quienes afirman que sólo algunas de las facultades que integran el contenido de las servidumbres prediales son susceptibles de ser materia de servidumbres personales, y que, por consiguiente, hay tres categorías de servidumbres: *prediales exclusivamente, exclusivamente personales* y *alternativamente prediales y personales* (5). Semejante doctrina, apoyada en muy débiles argumentos, hubo de ser combatida también débilmente (6); pero acabó por imponerse en la

(1) *Glossa*, ad l. 32, D. *De usufr.*, VII, 1; ad l. 4, D. *De serv. pr. rust.*, VIII, 3; ad l. 6, D. *De serv. leg.*, XXXIII, 3; ad l. 14, § 3, D. *De alim. leg.*, XXXIV, 1.

(2) *Ad Pandectas*, tit. *de servitutibus*, § 2.

(3) Tal era la opinión de DONELO, *Comm. jur. civ.*, l. X, c. 1.

(4) Así, HILLIGER, en sus notas a DONELO, ad l. cit. en la nota anterior y ad l. XI, c. 1.

(5) D'AVEZAN, *De servitutibus*, p. III, c. 24 (en el *Thesaurus* de MEERMANN, t. IV, ps. 119 y ss.

(6) Por HUBER, *Praelectiones jur. civ.*, c. II ad D., VIII, 2, 3, n. 2; por COCCEJO, *Jus civile controvers.*, VIII, 1; por WESTPHAL, *De libertate et servitute praedior.*, ps. 322 y s.

práctica y modificar consuetudinariamente la tradición jurídicorromana (1).

Entre los textos de que quiere inducirse la posibilidad de erigir en servidumbre personal la concesión de una particular facultad de disfrute, se refieren algunos a servidumbres prediales que se constituían con el objeto de favorecer a una determinada persona y, por tanto, con eficacia subordinada al hecho de que esta persona fuera la propietaria del fundo dominante (2). De otros se deduce que podía mantenerse como usufructo la atribución de una determinada facultad de goce, si por la índole del objeto sobre que recae hu-

(1) Para la historia de la doctrina véanse las monografías, ya citadas, de COHNFELDT (partidario de la tesis defendida aquí) y de ZACHARIÆ (autor de la mejor defensa de la tesis contraria).

(2) Así, indudablemente, PAP., 4 pr. D. *De serv. pr. r.*, VIII, 3, y también 6, D. *De serv. leg.*, XXXIII, 3, donde habla ciertamente de un *jus transeundi* concedido por el padre a la hija legataria *affectu filiæ*, y que no era eficaz para los herederos de ella, pero de un *jus transeundi* constituído por razón de la cosa legada y para el mejor disfrute de ésta. Y MARC., 15, § 1 D. *De usufr. legat.*, XXXIII, 2, de donde hay que inducir la posibilidad de una servidumbre predial limitada, más bien que en beneficio del propietario del fundo, a favor del usufructuario; como en el Derecho actual hay frecuentes aplicaciones, especialmente en materia de acueducto, de limitaciones en punto al tiempo, establecidas en ventaja del usufructuario (y aun del arrendatario). Lo mismo también en PAULO, 37, *De serv. pr. rust.*, VIII, 3. Trátase de una conducción de aguas, y ésta presupone necesariamente un fundo, al cual ha de ser llevada. El documento que interpreta el jurisconsulto no es el título constitutivo de la servidumbre, sino una carta en que se preordena o prepara esta constitución. Por eso se explica que no se determine el fundo dominante y se deje al concesionario la facultad de llevar el agua a su casa o a otro de sus predios. Una vez constituída la servidumbre, el concesionario se servirá de ella como si fuese un usuario, y su derecho no lo transmitirá a los herederos. Su posición jurídica se compara con la del usuario; pero esto precisamente implica el que no es considerado tal. A un caso análogo se refiere probablemente MOD., 21, D. *De usu et hab.*, VII, 8; pero también podría verse un derecho de obligación a la prestación del agua, no obstante la colocación del fragmento (v. la nota 1, pág. 104). ULPIANO, 1, § 43, D. *De aq. colt. et aest.*, XLIII, 20, se refiere manifiestamente a una concesión de toma de agua de una corriente o depósito público, que a semejanza de la servidumbre predial de acueducto puede ser limitada con relación a una determinada persona. El § 14 de la misma ley (sobre todo si se lee con la Vulgata *qui a quacumque)* se refiere, probablemente, no a la tutela del ejercicio de una servidumbre, sino a la del uso que alguien pudiera hacer libremente del agua de un río público, mediante una derivación, cuando la autoridad no hubiera hecho la concesión de ella. Confrón-

biese materialmente de coincidir con el contenido que tendría el usufructo de aquel objeto (1). Otro indica ciertamente una única facultad de goce como contenido del usufructo, pero no advierte que ésta forma el exclusivo contenido del mismo (2). Otro, cuya conclusión es indiferente para lo que estamos discutiendo (porque admite la eficacia de un legado de agua que sólo atribuye un derecho de obligación contra los herederos), en el razonamiento, sin embargo, a no ser que haya habido interpolación, confirma la opinión de que no se podían constituir servidumbres personales con el contenido de servidumbres prediales, prescindiendo, o independien-

tese POMP., 2, D. *De flumin.*, XLIII, 12; PAP., 17, D. *De serv. pr. r.*, VIII, 3. Aun cuando se refiriera a un acueducto privado, opina LABEON que a su ejercicio hay que darle la protección interdictal, aunque no esté subordinado estrictamente al beneficio de un determinado fundo; pero esta opinión no basta para inducir que fuera admisible, sin la previa subordinación a un fundo determinado, la existencia del derecho de acueducto, que tendría entonces la figura de una servidumbre personal irregular (esta función precisamente de la servidumbre personal irregular, de poder servir a cualquier fundo, es la que CUYACIO, en los lugares citados en la pág. 99, n. 2, estima como la más importante en la práctica). Pero esta tesis hay que relacionarla con la opinión del mismo LABEON, recordada en el § 16 de la propia ley (Comp. VANGEROW, *Pandekt.*, § 340, nota 1), y acaso contradicha por PROCULO (ap. POMP., 24, D. *De serv. pr. r.*, VIII, 3), según la que la posesión del acueducto debe ser protegida, aunque el poseedor se sirva de él para un fundo distinto de aquel para que fué constituído, siempre que no redunde en daño del fundo dominante.

(1) En tal sentido, PAP., 32, D. *De us.*, VII, 1: la reserva que del derecho de pastos únicamente hace o puede hacer el vendedor en su beneficio personal podrá ser eficaz tratándose de montes cuya utilidad total sean los pastos, porque, en realidad, equivale a reservarse el usufruto del monte.

(2) PAULO, 6, D. *De serv. pr. r.*, VIII, 3. En la ley anterior, ULPIANO manifiesta que es necesario, ante todo, que exista un fundo dominante al que preste utilidad la servidumbre predial constituída de extraer arcilla o de cocer cal; y agrega PAULO que esto ocurre, por ejemplo, cuando en el fundo dominante exista un horno doméstico, cuyos productos redunden exclusivamente en beneficio y para las necesidades del fundo: cocer teja y ladrillo para la reconstrucción o reparación de los edificios, o tinajas para conservar y transportar el vino; pero no si los productos del horno van al comercio; porque, en este caso, no puede decirse que el fundo en que radica el horno se beneficie del ejercicio de este derecho (conclusión contraria, dicho sea entre paréntesis, a la que resultaría en el Derecho vigente; porque hoy podría considerarse fundo dominante el establecimiento mismo industrial). Si en tales condiciones tenemos aquella facultad, habrá un usufructo *(ususfructus erit);* pero lo que no se dice en ninguna manera es que aquella facultad agote el contenido del usufructo cuya existencia

temente de la utilidad de un fundo dominante (1). Y no faltan, finalmente, en los textos, otras confirmaciones, directas o indirectas, de que éste fuese el principio mantenido por el Derecho romano (2).

---

se presupone. No creo que para explicar este pasaje pueda imaginarse un usufructo limitado en cuanto al objeto (extracción de arcilla), no en el contenido; porque el yacimiento, como la fuente, no es más que parte no separada del fundo *(non est separatum corpus*, POMP., 40, D. *De act. em. et vend.*, XIX, 1); y sobre ésta no puede constituirse usufructo, como no puede constituirse sobre el edificio, sino sobre el área edificada; y tan es así, que cuando el edificio se destruye, se considera extinguido el usufructo, no por la destrucción, sino por la transformación de su objeto. (ULPIANO, 5, § 2, D. *Quibus modis*, VII, 1.)

(1) Es la famosa decisión de ULPIANO, 14, § 3, D. *De alim. et cib. leg.*, XXXIV, 1. Para las varias interpretaciones que se han intentado, remito a las aludidas monografías de ZACHARIÆ y COHNFELDT, quienes discuten ampliamente los demás pasajes citados en las notas anteriores; cfr. también sobre esto SERAFINI, en el *Archiv. Giurid.*, t. XVIII, p. 15; PEROZZI, en el *Filangieri*, t. XII, f. 5; SCIALOJA, en la *Riv. ital. per le scienze giurid.*, t. V, p. 38.

(2) Como la citada ley 5, D. *De serv. pr. r.*, VIII, 3; PAULO, 8, pr. D. *De serv.*, VIII, 1. Se ha pretendido que esta última excluye solamente la constitución de una servidumbre predial con el contenido del *pomum decepere, spatiari, cœnare in alieno;* y aunque es cierto que en sentido estricto, *servitus* se aplica únicamente a las servidumbres prediales, ello, aisladamente, no procuraría prueba suficiente de nuestra tesis; otra confirmación indirecta puede obtenerse de la citada ley 1, D. *De us. leg.*, XXXIII, 2 (V. *supra* la nota 2 de la pág. 92); ¿por qué, si la constitución de servidumbres personales de contenido específicamente determinado hubiera sido posible, no recurrir a ellas para dar eficacia práctica al legado de usufructo de un *iter* o de un *aquæductus*, en vez de atribuir al legatario un simple derecho de obligación?

§ 3. Las modificaciones del usufructo en los Códigos francés e italiano.

Sumario: 50. El uso y la habitación en el Código francés. No admisión de usos irregulares. - 51. Más argumentos en pro de la exclusión de tales usos. - 52. Las modificaciones del usufructo según el texto del Código italiano. - 53. La supresión de los usos irregulares confirmada por los trabajos preparatorios. - 54. Doctrina y jurisprudencia. - 55. Efecto de la concesión de facultades particulares de disfrute. - 56. La admisibilidad de los usos irregulares como corolario de la libertad que preside en la constitución de derechos reales. Crítica del principio. - 57. Crítica de las aplicaciones que de dicho principio se hacen. - 58. Usos privilegiados de cosas públicas. - 59. Continuación. - 60. Derechos reales constituídos bajo el imperio de leyes anteriores.

50. Aun cuando el Código de Napoleón no defina con generalidad el derecho de uso (del que no se distingue el de habitación sino por la naturaleza del objeto), y sobre su extensión no dicte otra norma que la formulada ambiguamente en el artículo 630, según la cual quien tiene el uso de los frutos de un fundo no puede exigir más que los que haya menester para sus necesidades y las de su familia (a), todos los comentaristas están de acuerdo en definir el uso como un usufructo limitado a las necesidades del usuario (1), aun aquellos que afirman que en el Derecho romano tenía distinta índole, por creer que en él se privaba normalmente al usuario de la facultad de percibir los frutos (2). Pero, al mismo tiempo, la mayoría de ellos estima que puede constituirse un derecho real que contenga una sola facultad de disfrute sobre un fundo en beneficio de una per-

(a) [Cfr. art. 524 del C. c. esp.].

(1) Salviat, *Usufruit*, t. II, n. 138; Proudhon, *Usufruit*, t. V, n. 2.739. Delvincourt, *Cours de dr. fr.*, l. II, c. II, nota 5; Dalloz, *Répert.*, v. *Usage*, n. 13; Demante, *Cours anal. du C. c.*, t. II, n. 473 bis; Duranton, *Cours de dr. civ.*, t. V, n. 9; Zachariæ, *Cours de dr. civ.*, § 232; Marcadé, *Explic. du C. civ.*, t. II, n. 167; Demolombe, *Distinct. des biens, usufruit, etc.*, t. II, n. 652; Laurent, *Princip. de dr. civ.*, t. VII, n. 102; Arntz, *Cours de dr. civ.*, t. I, n. 1.045; Huc, *Comm. du Code civ.*, t. IV, n. 252 (b).

(b) [Entre los más modernos Colin y Capitant, *Curso elem. de Dro. civ.*, ed. esp., tomo II, p. 760; Planiol y Ripert, *Traité prat. de Dr. civ.*, t. III, n. 880].

(2) Dalloz, *loc. cit.*, nn. 6 y sigs.; Marcadé, Demolombe, Laurent, Arntz, Huc, *loc. cit.*

sona (1), a lo que dan el nombre de derecho irregular de uso (2); y algunos inducen su admisibilidad con vista del artículo 628, para el cual el derecho de uso lo regula el título que lo constituye, donde se le puede dar más o menos extensión (3). Según esta doctrina, queda excluída, por lo demás, la constitución de derechos reales cuyo contenido consista en la facultad de procurar a una persona una utilidad, prohibiendo al propietario usar de su cosa en un cierto modo, siempre que tales derechos no puedan subsumirse en el tipo de servidumbres personales reconocidas por el Código (4); como si el asemejar derechos de esta clase al tipo del usufructo y del uso no fuese más arbitrario que el de incorporar a estos últimos los usos irregulares; de todas suertes, es indudable que, tanto el usufructo como el uso, comprenden la facultad de impedir al propietario tales o cuales actos de disfrute, lo mismo que comprenden la facultad de ejercitarlos (5); unos pocos exponen opiniones distintas, pero vagamente y sin desarrollarlas (6).

---

(1) DELVINCOURT, l. II, tít. IV, nota 4; DALLOZ, *Rép.*, voz *Servitudes*, números 21, 56; DEMANTE, t. II, n. 541 bis; DURANTON, t. IV, n. 291, t. V, números 34, 445; ZACHARIÆ, § 247, nota 2; MARCADÉ, t. II, nn. 645, 646; DEMOLOMBE, *Servitudes*, t. II, nn. 683, 686; LAURENT, t. VI, nn. 84-86, t. VII, números 108, 147; ARNTZ, t. IV, n. 1.161; HUC, t. IV, n. 404, etc., etc.

(2) En tal sentido, DURANTON y DEMOLOMBE, *loc. cit.*

(3) LAURENT, *loc. cit.*

(4) LAURENT, t. VII, nn. 147, 148.

(5) Véase *supra*, n. 48.

(6) Como hace principalmente PARDESSUS, *Servitudes*, t. II, n. 12, erróneamente citado por BIANCHI en la monografía mencionada en el número 54, como partidario de la teoría dominante; en efecto, aquél niega que el derecho de caza y pesca pueda revestir la figura de servidumbre personal; y si reconoce que, una vez constituído, puede alegarse contra el tercer adquirente del fundo gravado, ve en esto una consecuencia de los principios que obligan al adquirente a respetar los arrendamientos contratados por el vendedor (respecto a lo cual puede consultarse el número 55, *in fine)*. En cuanto a PROUDHON, incluído también por BIANCHI entre los mantenedores de la opinión corriente, el pasaje que cita *(Usufruit*, I, n. 369) no encierra otra cosa que la aceptación, indudable en el Derecho francés y en el nuestro, así como en el Derecho romano, según hemos visto, de las servidumbres prediales en favor de una persona; esto es, de las servidumbres constituídas sobre un fundo para la utilidad de otro, e idóneas para procurar utilidad al hombre tan sólo en cuanto facilitan o aumentan la que puede obtener del fundo dominante; pero de las que pueda disfrutar solamente una persona determinada de entre los poseedores, no una cualquiera que venga a poseer el fundo dominante. Según TARTUFARI (v. la monografía

La Comisión del Proyecto de Código alemán rechaza que el derecho de uso esté determinado en modo alguno por la ley en el Código francés, y considera como una característica resultante del artículo 628 la de que, específicamente y de un modo positivo, su contenido sea fijado por la voluntad de las partes *(rechtsgeschäftliche Spezialisierung des Inhalts)*, teniendo mero carácter supletorio la norma del 630, que es la que limita a las necesidades del usuario la facultad de exigir parte de los frutos; y así interpretado, apoya en la autoridad del Código francés su distinción entre usufructo (que comprende la facultad del goce completo de cosa ajena) y servidumbre personal limitada (que implica sólo la facultad de disfrutar de un fundo para obtener de él algunas utilidades especiales) *(in einzelne Beziehungen zu benutzen)*. Esta servidumbre limitada se fija y determina por el título constitutivo, y sólo ante el silencio de él se circunscribe a las necesidades personales del derechohabiente (1).

La contraposición de estos dos tipos posibles de derecho real, uno determinado negativamente por la ley y el otro definido positiva y específicamente por la voluntad de las partes, es lógicamente correcta. Pero en este segundo tipo no se puede incluir el derecho de disfrutar de una cosa en el margen de las propias necesidades;

---

citada en el número 54), TOULLIER es el principal representante de la opinión que rechaza la constitución de cualquier otra servidumbre personal que no sea usufructo o uso, y singularmente, y *ad exemplum*, un derecho de paso o de toma de agua sobre un fundo en favor de una persona, sea o no poseedor de otro fundo y con independencia de él; así lo dice, en realidad, en el tomo II, número 587 (edición de Bruselas; t. III de la edición de París) del *Droit. Civ. franç.*, y deduce que con este contenido no hay más que un derecho de obligación, que no puede alegarse contra el tercer adquirente del fundo gravado. Pero en el t. III (t. V de la edición de París), n. 437, se retracta, declara que se ha equivocado y asevera que el adquirente está obligado a respetar la constitución, de igual suerte que lo está a mantener la vigencia del arrendamiento contratado por el anterior propietario. Hasta aquí no hay más que la doctrina de PARDESSUS, sobre la que diré algo más adelante (n. 55); pero TOULLIER cae en falta de lógica cuando para distinguir de la de una servidumbre la eficacia de aquella concesión, afirma que debe extinguirse al morir el concesionario, resucitando así la servidumbre personal, en tanto que debiera transmitirse a los herederos del beneficiario como derecho de obligación. De la opinión primera de TOULLIER en pro de la exclusión de toda eficacia real son DUVERGIER y SPINNAEL en las notas al mismo: el primero, al t. III, n. 437; el segundo, al tomo II, n. 587.

(1) V. *Motive zu dem Entwurfe*, t. II, ad § § 1.044, 1.046.

según creo haber probado en el número 37, ni este derecho ni el de usufructo están definidos positiva y específicamente; la amplitud de las necesidades del titular es sólo un límite negativo, aunque más restringido, normalmente, que el que constituye el contenido del goce del usufructuario. Puede lógicamente idearse un derecho de uso, definido, por un lado, específicamente en relación a un cierto fin (y, por lo tanto, encerrando una facultad singular de goce), y por otro, limitado en la medida de las necesidades del usuario; pero esta limitación genérica y negativa es posterior y subordinada a aquella determinación específica y positiva y no puede sustituirla ni realizar la función que aquélla tiene, de suerte que se encuadren en un tipo único el derecho que encierra la facultad de disfrutar de una cosa en un cierto modo y para un cierto fin, y la facultad de disfrutar en cualquier forma para satisfacer necesidades actuales. No puede, por consiguiente, en modo alguno transportarse la distinción entre *usufructo* y *servidumbre personal limitada* del Proyecto germánico a la interpretación del Código francés.

Que el derecho de uso contenga la facultad de servirse de una cosa dentro de los límites de las necesidades del usuario, no resulta de la regla supletoria del artículo 630, que tiene por objeto principal fijar la extensión de esas necesidades, sino que viene, sobre todo, de la circunstancia de que el vocablo «uso» *(usage)*, empleado simplemente y sin complemento alguno que lo determine, carece en el lenguaje corriente de significado preciso a que pueda referirse el legislador, y que, en cambio, en la elaboración de la doctrina anterior a dicho Código hubo de asumir la palabra aquel significado técnico que acabamos de decir (1). Los términos que emplee una ley no deben ser interpretados en la significación que quiera atribuirles el legislador, a menos que, como sucede en Inglaterra con la redacción de los Estatutos más perfectos, se cuide la ley misma de definir su significado; y menos aún cabe atender al significado que puedan llegar a tener las palabras mismas por un natural desenvolvimiento del lenguaje ordinario, o por una deliberada modificación en el lenguaje jurídico, sino que siempre y exclusivamente se ha de mirar al significado que se les daba en el momento de redactarse la ley.

Ni podría retorcerse esta argumentación y decirse que, puesto

(1) Véanse *supra* los autores citados en la nota 3 de la página 74. Todas las dudas acerca de la naturaleza de la relación entre uso y usufructo son, indudablemente, posteriores a la redacción del Código de Napoleón.

que el legislador francés emplea el término *uso* en el sentido que le daba la jurisprudencia anterior, esto supone que quiere dar a la institución que regula con aquel nombre el contenido que encerraba en la jurisprudencia anterior y, por consiguiente, reputa una variedad del uso tipo la facultad de obtener una utilidad singular de la cosa ajena. No cabe ello; primero, porque la jurisprudencia anterior era unánime en dar aquel significado a la palabra *uso*, pero discrepaba en la cuestión de si el atribuir facultades singulares de goce debía incluirse en la categoría del usufructo y del uso, o más bien implicar una constitución de servidumbre personal distinta de aquél y de éste, siendo acaso la última la doctrina que prevalecía en los escritores en que se inspiraron especialmente los redactores del Código. Y además, y principalmente, porque aun los escritores que no hacían una clase especial y aparte con las servidumbres personales irregulares, jamás las clasificaron como formas especiales del derecho de uso, sino como una clase de uso o de usufructo alternadamente, según que las facultades que contuvieran estuviesen o no limitadas a las necesidades del titular. Por consiguiente, una de dos: o al recogerse la determinación general que del concepto de uso daba la jurísprudencia anterior, se cree poder inducir que han sido acogidas también las reglas de dicha jurisprudencia acerca de las modificaciones voluntarias que pueden introducirse en el uso (y entonces se debería igualmente inducir que ha sido admitida con la definición general del usufructo la subordinación a ella del concepto de servidumbres prediales irregulares), o se quiere que el concepto de usufructo no implique en el Derecho francés aquella clase de modificaciones (y entonces no podrá escindirse en dos la tradición para incluir siempre las servidumbres personales irregulares en el concepto de uso). Pero todos los intérpretes del Derecho francés vigente se niegan a reconocer como variedad del usufructo de un fundo una servidumbre personal de paso, de pastos, de abrevadero. En realidad, hay que juzgar con criterio independiente para ver si existe algún ligamen lógicamente necesario entre unas y otras reglas; porque la adopción de una de las del Derecho anterior (la relativa a la determinación genérica de una institución) no implica la adopción de otras reglas que tuvieron alguna relación con ella. Me parece haber demostrado suficientemente en el párrafo anterior que entre el concepto de usufructo y de uso y las servidumbres personales irregulares, ni es necesaria, ni lógicamente posible, la existencia de un vínculo de subordinación.

51. En el Código francés no se regula el uso como un tipo de derecho tan flexible que pueda comprender las servidumbres personales irregulares. Así aparece de los artículos 626 y 627. El primero, como regla general y absoluta, impone al usuario el deber de inventariar, evaluar y afianzar; y el segundo, el de disfrutar de la cosa como un buen padre de familia. Ahora bien; ambas disposiciones serían inexplicables si hubieran de aplicarse a quien no tuviese el derecho de disfrutar por completo de la cosa ajena y de pretender en consecuencia su posesión (1), y sí sólo estuviera autorizado a obtener una de sus posibles formas de utilidad.

Finalmente, y he reservado para lo último el argumento a que se suele comúnmente reducir la cuestión, el pensamiento del legislador francés vuelve a aparecer en el artículo 686, que faculta a los propietarios para constituir sobre sus fundos o a favor de sus fundos toda clase de servidumbres que estimen útiles, siempre que la servidumbre no se imponga a favor de una persona ni sobre una persona, sino únicamente sobre un fundo y en favor de otro fundo. Así, es evidente que el Código toma posiciones contra principios aceptados en el Derecho anterior: quiere impedir algo que anteriormente se consideraba lícito y posible. Y lo que quiere hacer desaparecer es precisamente la libertad en la constitución de servidumbres personales. De las reconocidas en el Derecho anterior conserva únicamente los tipos del usufructo, del uso y de la habitación, y regula separadamente las servidumbres prediales, despojándolas también del nombre de servidumbre. Algunos han pretendido, para privar de este efecto a la prohibición del artículo 686, que el legislador únicamente había prohibido la constitución de aquellas servidumbres personales por las cuales son atribuídas sobre cosa ajena facultades no comprendidas en el usufructo ni en el uso (2). Pero, como ya he dicho, no hay facultad alguna, de las que pueden inte-

---

(1) Hay quien pretende que en el Derecho francés el usuario carece de derecho a la posesión, fundándose para ello principalmente en la letra del artículo 630, que sólo le da el derecho de *exigir* una parte de los frutos. En cambio, el 635 presupone que los frutos no los *exija*, sino que los *tome*, y por eso la opinión dominante le reconoce, o la posesión exclusiva de la cosa, o la coposesión con el propietario; sin ello carecerían de sentido y de razón de ser las obligaciones que le imponen los artículos 626 y 627. V. DEMOLOMBE, *Dist. des biens*, t. II, n. 660. Para mayor y más completo desenvolvimiento de este particular, véase el capítulo II, del l. VII.

(2) LAURENT, *Princ. du. dr. civ.*, t. VII, n. 147.

grar una servidumbre predial, que no quepa estimarla comprendida en el derecho de usufructo, cuyo titular está facultado para gozar en las más varias formas de la cosa ajena y para excluir y prohibir a los demás todo acto de disfrute. Por otra parte, se ha dicho que el legislador sólo había querido prohibir que se constituyesen cargas perpetuas inmobiliarias en beneficio de una persona y no de un predio (1). Pero la prohibición de constituir servidumbres no es lo mismo que la prohibición de constituir servidumbres perpetuas, porque en el Derecho romano, aunque indirectamente, y de igual modo en el moderno, pero directamente ya, puede su duración limitarse a un cierto tiempo, e interpretarlo en la forma dicha es restringir arbitrariamente su alcance.

52. Todo el razonamiento anterior puede ser aplicado al Código italiano, que, como el francés, desconoce una categoría general de derechos de servidumbre y ha huído de la denominación de servidumbres personales. Lo único de carácter general que aplica a los conceptos de usufructo, uso y servidumbre predial, es el epígrafe que lleva el título III del libro II, en cuanto a los efectos modificativos de la propiedad que producen unos y otras: no conoce más modificaciones del usufructo, ni más derechos afines al usufructo, que el derecho de uso; y dentro de su sistema, el derecho de habitación no es más que el derecho de uso de una casa o de parte de una casa habitable (arts. 522, 521). De igual suerte que el usuario, el titular del derecho de habitación no puede disfrutar de ella indirectamente mediante el alquiler de la casa (528). El derecho de habitación se extingue, como aquél, por el no uso de él durante treinta años (arts. 529, 515); la distinción respecto al derecho de uso, convertida en meramente nominal, perdura aun después de desaparecida la diversidad intrínseca que tenían en el Derecho romano las dos instituciones (a).

Al artículo 686 del Código francés corresponde el 616 del italiano (b), aunque esté únicamente implícita en éste la prohibición

(1) DEMOLOMBE, *Servitudes*, t. II, nn. 674, 675.

(a) [También en el Código español está el derecho de habitación asimilado por completo al de uso. Ambos son intransmisibles (art. 525), habiendo desaparecido en la actualidad la facultad que las leyes de Partida concedían al titular del derecho de habitación para arrendar ésta a personas de buena vecindad.]

(b) [Cfr. art. 594 del C. c. esp.]

de constituir servidumbres en beneficio de una persona (a): los 626 y 627 de aquél son los 525 y 526 del nuestro; y como el francés, tampoco el nuestro define en general el derecho de uso, sino que la regla especial que para el uso de un fundo contiene el artículo 630 del francés está reproducida en el 521 del nuestro, que figura a la cabeza de la sección dedicada al derecho de uso. En este artículo no existen dos correcciones de su correspondiente francés que no dejan de haber ejercido influjo en la admisión del uso irregular; se habla en él del uso *de un fundo*, no del uso *de los frutos de un fundo;* y se atribuye al usuario el derecho a *recoger*, no a *exigir*, los frutos (b); finalmente, lo dispuesto en el artículo 628 del Código francés se ha quitado del lugar que en él ocupa y se ha llevado al principio del capítulo, al artículo 476, extendiéndose su alcance al uso y al usufructo (c). De modo que con ello no puede intentarse justificar una oposición entre el derecho de uso (fijado por voluntad de las partes) y el derecho de usufructo (fijado en la ley); y de todo ello resulta esta conclusión: que el título puede alterar la *cantidad* del derecho reconocido, pero no puede alterar la *calidad* del mismo ni crear uno distinto del reconocido en la ley.

53. Semejante conclusión está robustecida por el resultado de los trabajos preparatorios de la redacción de nuestro Código. El Código albertino, para decidir la cuestión engendrada por el artículo 682 del francés y por el silencio del mismo sobre admisión de servidumbres personales distintas del usufructo o del uso, había añadido a su artículo 634, reproducción sustancial del 686 francés, un artículo 635, redactado en estos términos: «Sin embargo, podrá estipularse o disponerse que una persona, con independencia de los bienes que posea para su utilidad o recreo, ejercite un derecho sobre fundo ajeno; pero tal derecho no podrá extenderse nunca más allá del primer concesionario ni establecerse en favor de sus suceso-

(a) [En el Cód. español no hay prohibición, explícita ni implícita, de constituir servidumbres en provecho de una persona. Lejos de ello, lo autoriza expresamente el art. 531.]

(b) [El Cód. español, art. 524, atribuye al usuario el «derecho a *percibir* de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente».]

(c) [El art. 523 del Cód. español es equivalente al 628 del Cód. francés y tiene análoga colocación dentro de las disposiciones especiales dedicadas a los derechos de uso y habitación.]

res». La misma regla se incorporó al artículo 577 del proyecto Cassinis y fué llevada a las normas reguladoras del usufructo en un capítulo que tenía por epígrafe: *de las servidumbres personales*. El proyecto del Senado borró nuevamente el nombre de «servidumbres personales»; pero el artículo 635 del Código albertino fué reproducido íntegramente en el artículo 632 y colocado inmediatamente después del 631, que corresponde al 634 del albertino y al 616 del nuestro. En la sesión del 9 de Mayo de 1865, el individuo de la Comisión de Corrección de Estilo, Pisanelli (1), propuso su supresión, manifestando el temor de que, si se abría el camino a las concesiones que autorizaba el 632, se multiplicarían hasta el infinito los gravámenes sobre los fundos, se perjudicaría extraordinariamente a la propiedad y se suscitarían interminables pleitos; Cassinis propugnó el mantenimiento del artículo y se expresó así: «Todas las utilidades lícitas, todos los beneficios que puede dar una cosa, deben de ser permitidos; y en caso de necesidad, la ley está en el deber de reconocerlos y regularlos; ¿por qué se ha de negar la concesión a favor de una persona de un derecho real? ¿Por qué impedir que uno adquiera el derecho de pasear por un jardín, de usar de una fuente, aunque sea para su uso puramente personal?» Y para ello invocaba la autoridad de los intérpretes del Derecho romano, que veían consagrados en él diversos ejemplos de usos semejantes sobre la cosa a favor de una persona. De Foresta hizo notar que las disposiciones del artículo 632 eran más adecuadas a la materia de obligaciones que a la de servidumbres prediales, y consintió en suprimirlo, pero llevándolo al título de las obligaciones; la Comisión se avino a ello, y por mayoría aprobó la supresión del artículo 632; pero se creyó después inútil sancionar expresamente la facultad del propietario de un fundo para obligarse a consentir que otro obtenga de él una utilidad cualquiera. Por consiguiente, no hay duda de que el propósito de los redactores del Código fué reducir las llamadas servidumbres personales irregulares a la figura de un derecho de obligación; y hay que rechazar la idea de que no lo lograron en la práctica, o la de que, reconociendo la *realidad* del usufructo y del uso, hubieron de reconocer implícita y necesariamente la *realidad* de los derechos que abarquen una facultad singular de disfrute sobre el fundo ajeno; como creo haber demostrado, los derechos de un contenido semejante no pueden estimarse modalidades del usufructo y del uso.

(1) *Verbali della commissione di coordinamento*, t. 25, VIII.

54. Sostienen la opinión expuesta en los números precedentes, entre nuestros escritores: PAOLI (1), RICCI (2), GERMANO (3) y COVIELLO (4) (a). En cambio, admiten la constitución de servidumbres personales limitadas a facultades sueltas de disfrute, PACIFICI-MAZZONI (5), BORSARI (6), CHIRONI (7), TARTUFARI (8) y principalmente FERNANDO BIANCHI en una nota que constituye la defensa mejor de esta tesis (9). El más extenso de todos es CHIRONI, para quien, discurriendo acerca del artículo 542, parece lícito que los contratantes estatuyan a favor de una persona, aparte del usufructo, el uso y la habitación, «otras servidumbres que tengan un objeto más o menos amplio», y que, invocando el concepto general de servidumbre expuesto en párrafos anteriores, deja entrever que puede darse a la servidumbre personal el contenido de cualquier servidumbre predial. Ya volveremos sobre el artículo 542 (10), y veremos que éste no ofrece base sólida a semejante doctrina. BIANCHI, admitiendo la sustitución por *usos irregulares* del nombre de *servidumbres personales irregulares*, parece que quiere limitar esta clase de derechos a aquellos cuyo contenido consiste en el uso de la cosa ajena para un determinado objeto, pero de su teoría de la plena libertad para constituir derechos reales porque, si bien no previstos, tampoco están prohibidos por la ley (teoría de que me ocuparé en los números siguientes), se deben deducir consecuencias distintas, como la de reconocer la licitud de constitución de servidumbres personales que tengan por contenido el de las servidumbres prediales negativas. TARTUFARI, que al principio de su exposición toma resueltamente partido contra la teoría de CHIRONI y de

---

(1) *Servitù personali*, nn. 2-11; *Voto* publicado en los *Annali*, 1888, 2, 283.

(2) *Diritto civ.*, t. II, nn. 273-274.

(3) *Servitù*, t. I, nn. 148 y siguientes.

(4) *Delle servitù cosi dette irregolari nel diritto civ. ital. (Arch. Giur.*, 1888, ps. 185 y siguientes).

(a) [Entre los autores más modernos, niega la admisibilidad en Derecho italiano de las llamadas servidumbres irregulares RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 4.ª ed., t. I, ps. 625 y siguientes.]

(5) *Istituzioni*, t. III, § 168; *Servitù prediali*, n. 8.

(6) *Comm. del cod. civ.*, § 818.

(7) *Istituzioni*, I, § 163.

(8) Nota en el *Foro ital.*, 1891, I, 1076.

(9) Nota en el *Foro ital.*, 1889, I, 740.

(10) V. más adelante el n. 76.

PACIFICI-MAZZONI (de la de BIANCHI no se ocupa), acepta después la distinción, admitida implícitamente por la doctrina francesa dominante y con toda claridad por LAURENT (1), entre la facultad de usar de la cosa ajena para un determinado objeto (o sea obtener una determinada utilidad de ella), que cree poder encuadrar en los tipos consagrados de usufructo y uso; y, de otra parte, las demás facultades que puedan constituir el contenido de las servidumbres prediales, y, sobre todo, la de aprovechar la imposibilidad de usar el propietario de ella de un modo determinado, las cuales facultades no consiente que sean atribuídas en beneficio de una persona como derechos reales. Es particular que en ello encontremos la realización, en cierto modo, del propósito de la Comisión de Corrección de Estilo encaminado, indudablemente, a privar de eficacia real a las facultades particulares de disfrute, cuando suprimió el artículo 632; y a la verdad que no difiere de ella y puede clasificarse de doctrina intermedia la de PACIFICI-MAZZONI, que emplea también la denominación de *uso irregular* o *servidumbre personal de uso irregular*, dándole por contenido un disfrute de un fundo que, si se constituyera en beneficio de otro, constituiría una servidumbre predial (2). BORSARI, en el lugar citado, reconoce también la posibilidad de constituir con eficacia real sobre un fundo, y en beneficio de una persona, un derecho de disfrute como el de caza y pesca; pero se muestra inseguro en la exposición de la doctrina, y en otro lugar (3) afirma que, para que pueda constituirse una carga real sobre un

---

(1) V. p. 106, n. 4.

(2) Dice que a los derechos con un contenido de esta clase puede dárseles eficacia real o considerarlos derechos de obligación; pero que no pueden tener sino el carácter de estos últimos aquellos que facultan para exigir prestaciones del propietario de un fundo, como la de pretender que dé representaciones quien adquirió un solar para construir un teatro (así, Cas. Turín, 8 de Junio de 1872, *Legge*, XIII, 894). Tampoco puede imponerse, con eficacia real, a un propietario por otro, vecino suyo, la obligación de no instalar un negocio semejante al que ejerce. Esto no puede ser servidumbre predial, porque recibe directamente el beneficio de la competencia que impide, y no por mediación del fundo que posee; ni servidumbre personal, porque no usa, en manera alguna, de la cosa ajena (*Servitù pred.*, n. 8). En otro lugar (*Distinz. dei beni, usufrutto*, etcétera, n. 302), PACIFICI emplea una frase poco feliz, que hace dudar de su inclinación a atribuir a estas concesiones exclusiva eficacia obligatoria; la servidumbre real concedida a una persona «cesa de ser real para tomar el carácter de un derecho de crédito de servidumbre de uso irregular».

(3) *Comm.*, §§ 1.071 y 1.259.

fundo, es necesario que se haga siempre en beneficio de otro fundo, aunque se asocie a un interés personal; de lo que se deduce la admisibilidad de la servidumbre predial limitada *cum demonstratione personæ*, pero en manera alguna usos irregulares (3).

---

(3) BIANCHI, para apoyar su tesis, cita erróneamente la autoridad de GIANZANA, *Le acque*, t. I., nn. 93 y siguientes, y la de ROMAGNOSI, *Condotta delle acque*, l. I, c. III, § 8; pero éstos no tratan sino de las servidumbres prediales limitadas *cum demonstratione personæ*, de las servidumbres limitadas a la vida del concesionario o a su estancia en un determinado lugar, que presuponen siempre el ejercicio de una función en provecho de un fundo. No puede cuestionarse en el Derecho actual la admisibilidad de las servidumbres prediales personalmente limitadas; hay que examinar severamente si la utilidad que proporcionan es inherente al fundo dominante, para no abrir así la puerta por este lado a las servidumbres personales; y tiene más gravedad aún el que nos preocupemos de la existencia de este requisito, si se trata de servidumbres prediales sin limitación personal; porque si aquél faltara, daríamos entrada a las servidumbres personales perpetuas bajo la engañosa forma de servidumbres prediales. A este propósito véase MARCADÉ, ad art. 686; DURANTON, t. IV, número 292; AUBRY Y RAU, t. III, § 247, etc. Pero la opinión vacila al tratar de resolver si la utilidad va o no inherente al fundo; y así, en tanto que los escritores citados, con DEMOLOMBE, *Dist. des biens*, t. I, n. 526; *Servit.*, t, II. número 686, y HUC, t. IV, n. 404, niegan que pueda constituirse, por ejemplo, como servidumbre predial sobre otro fundo un derecho de caza, lo reconocen, en cambio, TOULLIER, t. II, n. 588; PARDESSUS, *Serv.*, t. I, n. 12; DALLOZ, *Rép.*, *Servit.*, n. 56, y LAURENT, t. II, n. 146; este último, sin embargo, exige expresamente que el derecho se funde, no en el variable interés del propietario del fundo dominante, sino en el interés constante de un coto de caza formado en dicho fundo. LAURENT, de otra parte, excluye, por ejemplo, que el interés de un comercio o industria establecido en un fundo pueda justificar la imposición real de una carga sobre otro. PARDESSUS reconoce dicha carga real a fin de procurar a la industria materiales, y la rechaza si tiene por objeto excluir la competencia comercial. Entre nuestros escritores, como hemos visto en la penúltima nota, PACIFICI-MAZZONI excluye la eficacia real de la prohibición de competencia. FERD. BIANCHI *(Servitù legali*, t. I, nn. 39 y siguientes) la reconoce, razonándola extensamente. Me parece que no se puede fijar el requisito de la inherencia de la utilidad a un fundo más que en relación a la *estabilidad de las condiciones para cuya satisfacción es susceptible de ser aquélla procurada;* lo que puede ser útil a uno entre los varios posesores de un fundo, aun cuando solamente mientras sea tal poseedor, no puede reputarse una utilidad del fundo y, por consiguiente, justificar la imposición de una carga real. Por eso, todo lo que se entiende por causa perpetua de las servidumbres prediales en la elaboración doctrinal del Derecho romano (v. WINDSCHEID, *Pand.*, § 209, notas 5-8), no sobra en el Derecho moderno; pues allí donde no

En cuanto a la jurisprudencia, dos sentencias conozco que en sus considerandos admiten incidentalmente que pueda ser objeto de una relación real sobre el fundo ajeno el derecho de caza, con disfraz de servidumbre personal, si se concede a una persona (1); pero en la parte dispositiva se limitan a desechar la posibilidad de un derecho de caza con carácter hereditario y singularmente la posibilidad de que con el ejercicio pueda adquirirse mediante prescripción. En cambio, precisamente con motivo de una cuestión sobre esta misma clase de derechos de caza, negó el Tribunal de Casación de Florencia por dos veces que ésta o cualquiera otra concesión de facultades singulares de goce produzca efectos distintos de la constitución de una obligación personal (2); resolución igual había dictado el Tribunal de Apelación de Lucca (3). Otra sentencia del Tribunal de Casación de Florencia excluye del Derecho vigente la posibilidad de constituir servidumbres personales irregulares,

---

exista un interés permanente y durable, no ha lugar a constituir una servidumbre, sino un vínculo obligatorio; y así se comprende que quien construye, por ejemplo, un gran hotel, trate de asegurar con una servidumbre sobre los fundos que le rodean que no se instale una industria que le perjudique en sus intereses, que están en cierto modo incorporados al fundo; cosa muy distinta de una simple limitación al libre uso de los predios por mero interés personal de un negociante o de un artesano y para evitar la competencia. La opinión opuesta es la que prevalece, al parecer, en la doctrina francesa e italiana; y digo «parece», porque alguno (PARDESSUS, *Servit.*, t. I, n. 5) confunde la servidumbre con causa perpetua y la servidumbre de duración perpetua; véase, principalmente, BIANCHI, *Op. cit.*, nn. 57-59; y un esforzado paladín de ella es PEROZZI, *Perpetua causa nelle servitù prediali romane* (*Riv. ital. per le scienze giur.*, t. XIV, p. 175), que quiere borrar, aun en el sistema de la servidumbre romana, el requisito de la causa perpetua. No puede desenvolverse aquí la idea apuntada; sólo deseo señalar en contra de BIANCHI el que no puede esgrimirse por vía de argumento, para admitir como base de la constitución de una servidumbre voluntaria un interés transitorio, el hecho de que se imponga en vista de éste una servidumbre legal. Por último, ninguna contradicción lógica hay en reconocer que una forma jurídica destinada exclusivamente a satisfacer intereses de duración ilimitada, pueda ser acomodada para satisfacer estos intereses por un tiempo determinado, como precisamente ocurre en las servidumbres con limitación personal (en contra, CHIRONI, *Istituz.*, t. I, § 178, y PEROZZI, *Op. cit.*, ps. 232-233).

(1) Apel. Perusa, 24 Julio 1890, *Annali*, 1890, 2, 437; Cas. Roma, 13 Junio 1891, *Annali*, 1891, 1, 419.

(2) Sent. 18 de Febrero de 1889, *Foro*, 1889, 1, 740, y 5 de Septiembre de 1889, *Annali*, 1889, 1, 380.

(3) Sent. 31 de Julio de 1888, *Annali*, 1888, 2, 283.

pero deformando de una manera especial el concepto de esta institución (1). Finalmente, una sentencia del Tribunal de Casación de Turín niega efectos reales a la concesión del derecho de paso otorgado a una persona, aunque el Tribunal *a quo* la hubiese considerado subordinada a la circunstancia de que el concesionario fuese el dueño y poseedor de una determinada casa (2).

55. Conforme a la doctrina expuesta, la concesión de facultades particulares de disfrute no puede implicar reconocimiento de un derecho real de uso o de usufructo limitado, aunque sea indudable su eficacia como reconocimiento de un derecho de obligación; y así considerada, la posición del concesionario, en cierto respecto, puede ser hasta más ventajosa que si se le hubiere investido de un derecho real. En primer lugar, porque su derecho no concluye fatalmente con su vida, sino que puede transmitirlo a sus herederos; después, porque a él, a su derecho, es correlativa la obligación del concedente y sus herederos, no sólo de *permitirle* el disfrute, sino de *hacerlo posible*, y, por consiguiente, de poner y de conservar la cosa en condiciones tales que sea susceptible de aquel goce. Por otra parte, nunca tiene carácter de posesión legítima el ejercicio de una

(1) Me refiero a la sentencia de 9 de Abril de 1891 *(Foro*, 1891, 1, 1.076) anotada por TARTUFARI. Se trataba de la división de una casa, y en la escritura celebrada para ello se estipuló que el adjudicatario del piso bajo no podía ejercitar industria ni oficio ruidoso; el Tribunal *a quo* estimó que se había contraído la obligación «para la comodidad y en beneficio de los vecinos de los pisos superiores», y el de Casación creyó hallar en ello los caracteres de una servidumbre personal perpetua en favor de los inquilinos, que si bien no reconocía el Derecho actual, podía haberse constituído válidamente con arreglo a la ley anterior, y que debía respetar el Derecho nuevo. Pero el beneficio de la serie indeterminada de personas que pudiesen venir a ocupar la casa no es sino un modo más perfecto de expresar lo que la terminología jurídica corriente designa con el nombre de beneficio del fundo; y el Tribunal de Casación no debió vacilar en reconocer la constitución de una servidumbre predial, ni con esto hubiera modificado la apreciación de los hechos por el Tribunal *a quo*, sino deducido de tales resultandos sus consecuencias jurídicas obligadas. Así lo entiende también TARTUFARI. Y en cuanto al respeto a las servidumbres adquiridas bajo el régimen de Derecho anterior, véase más adelante el número 60.

(2) Sentencia de 8 de Febrero de 1883, *Annali*, 1883, 1, 266. En esta hipótesis no se puede excluir la posibilidad de que sea una servidumbre predial limitada *cum demonstratione personæ* sin examinar las circunstancias de hecho que en ella concurren.

facultad singular de goce, ni está defendida contra las molestias de los terceros, y no puede adquirirse su propiedad por prescripción aunque se rebase el tiempo señalado para la adquisición del derecho. También puede normalmente ser cedido este derecho por su titular, a diferencia de lo que ocurriría si tuviera el carácter de uso; y por último, con su valor obtienen los acreedores un aumento de garantías equivalente al aumento que él recibe en su patrimonio; ciertamente que, en cambio, aun cuando tenga por objeto el disfrute del inmueble, no será apto para servir de garantía privilegiada en forma hipotecaria.

Pero la más importante consecuencia que se deduce de su carácter no *real*, sino de obligación, es que carece de eficacia contra los terceros adquirentes del fundo sujeto al disfrute; consecuencia que, por una vía indirecta, intentan esquivar algunos propugnadores de la doctrina que sigo, reconociendo que la concesión puede tomar el carácter de un arrendamiento (1). En esta construcción persisten las diferencias indicadas en el párrafo precedente acerca del derecho de uso irregular en la doctrina consuetudinaria, y no es eficaz contra los terceros poseedores, también a diferencia del uso irregular, sino cuando deriva de un contrato en el que el concesionario se obliga al pago de un determinado precio (art. 1.569); mas donde esté estipulado un precio, la concesión tenga fecha cierta anterior a la venta y cuando el plazo sea de más de nueve años y aquella se haya inscrito (arg. arts. 1.597, 1.932, n. 5), tiene que respetarla el comprador del fundo. Yo no creo aceptable esta construcción. El principio del artículo 1.597 se ha dictado para asegurar el interés de quien, apoyado en un contrato de arrendamiento, adquiere la posesión de una casa o de un predio rústico; y el primer derecho del arrendatario es precisamente exigir la entrega de la cosa arrendada. Pero quien adquiere el derecho de paso o el de discurrir por un fundo, de tomar agua, de ejercitarse en la caza, no puede pretender la posesión del fundo, y entre su actividad y el predio no surge aquel vínculo económico que justifique la protección de su interés frente a las transmisiones de la propiedad (2).

(1) PARDESSUS, *loc. cit.*, y Casación de Florencia, sent. cit. en nota 2, página 121.

(2) Muy distinta es la hipótesis de la autorización para instalar en un fundo una cuadra para relevar el tiro de una diligencia o un puesto de caza. En estos casos hay ocupación, siquiera sea temporal, del fundo o de una parte de él, y, por tanto, la concesión viene a constituir un verdadero arrendamiento si medió precio o merced.

A su derecho no hay nada correlativo, más que la obligación del concedente y sus herederos de permitirle o procurarle aquella forma de goce y, consiguientemente, la de indemnizarle si por la enajenación del fundo queda privado de ejercitarla (1).

Como quiera que la concesión de una facultad particular de goce no tiene carácter de arrendamiento, no está sujeta a la obligación de transcribirla cuando se hace por acto *inter vivos* y puede ser dada por tiempo mayor de treinta años. La duración y extensión de sus efectos deben determinarse conforme a la intención del concedente, y si éste ha querido constituir un derecho real de uso, su efecto será más restringido, por una parte, necesariamente, sin que, de otra, sea más extenso de lo que tuvo el ánimo de establecer; y, por consiguiente, no habrá facultades para ceder, ni transmisión hereditaria, ni obligación alguna positiva a cargo del concedente o de sus herederos para con el concesionario. Si además no hay en la concesión límite en cuanto al tiempo explícita ni implícitamente, habrá que considerar extinguida la obligación del concedente al enajenar el fundo.

56. FERNANDO BIANCHI (2), brioso defensor de las servidumbres personales irregulares, que niega justamente autoridad decisiva a los trabajos preparatorios, y dice que hay que atenerse para la explicación del Código al Código mismo, encamina luego todos sus esfuerzos a rechazar que el artículo 616 contenga la prohibición de constituir servidumbres personales, y deja en vaguedad la que me parece cuestión fundamental, o sea, si las servidumbres personales irregulares se encuadran en los tipos del usufructo y del uso. Según su opinión, «no es necesario que la ley los reconozca explícitamente para admitirlos, aunque sería necesaria una prohibición explícita para excluirlos»; proposición de tanta gravedad que exige justificación muy otra que la simple invocación del artículo 436, donde se atribuye al propietario el derecho más absoluto a disponer de sus cosas. Ya en otro lugar (3) he roto una lanza contra la superstición de la omnipotencia de la voluntad privada. La eficacia jurídica de un acto significa que en él se concreta un conjunto de condiciones a las que se les asegura la protección de la autoridad social, que

(1) GERMANO (*Servitù*, t. I, nn. 148-151) rechaza, como el derecho real de uso, el arrendamiento en cuanto a particulares facultades de disfrute.

(2) Monografía citada en el número 54.

(3) *La causa nei contratti* (Roma, 1892).

dejaría de ser autoridad si pudiera ser exigida al arbitrio de los particulares sujetos a ella. La potestad que el individuo tiene en el estado de libertad abstracta se acrece en el de libertad jurídica con la que le confiere la protección social. Pero el individuo no puede por sí ampliar su poder, no puede procurarse por sí esta mayor fuerza; y para que un acto produzca efecto jurídico, es necesario que el Derecho objetivo lo reconozca antes de que sea querido por el agente. *Reconocido* no es sinónimo de *permitido;* no se trata de quitar de en medio un obstáculo que se opone a que el acto del individuo obtenga el efecto querido por él, sino de ordenar una actividad social que, en concurrencia con la privada, llegue a obtener aquel efecto. La voluntad privada por sí sola tampoco puede obligar a la actividad futura del volente: la promesa misma no es capaz por sí de constituir una obligación, ni aun para el propio promitente, si no es prestada en aquellas condiciones que exige la ley para reconocerle semejante eficacia. Menos aún puede, por sí sola, constituir, la voluntad privada, un derecho real que no tiene por correlativa la obligación del constituyente, sino una obligación de carácter general, y que restringe, no sólo la libertad de éste y de quien asume la continuación de su personalidad económica al recoger el total de su patrimonio, sino la actividad de todos y cada uno, a la que deja puesto un límite respecto a la cosa sobre que el derecho recae, y muy en especial se restringe la libre actividad de aquel que adquiere un derecho sobre la misma cosa.

La ilusión mantenida sobre la potencia creadora de la voluntad privada procede principalmente de que para la producción de efectos jurídicos, sea cualquiera el grado de evolución, es necesario que concurra el Derecho objetivo, y este concurso se le otorga más ampliamente cada vez a medida que aumenta la complejidad de las relaciones que deben ser reguladas. Así como con el progreso hubieron de superarse prontamente las primitivas formas del *nexum* y de la *sponsio,* se multiplicaron los tipos contractuales a los que se les reconocía eficacia obligatoria; y por último, la fijación de las condiciones a que está subordinada esta validez quedó sustituída por una norma general, que reconoció tal eficacia a cualquiera promesa prestada a favor de quien, en las circunstancias mismas que determinan la promesa, encuentra una pérdida actual o posible; así, a la facultad de crear un derecho de paso o de acueducto, hubo de agregarse la de constituir clases multiformes de servidumbres, y finalmente, la de crear tantas cuantas pudieran acarrear utilidad al fundo en cuyo beneficio se constituía. Pero no porque sea requeri-

da en esta forma genérica deja de perder su primordial importancia la concurrencia del Derecho objetivo, y hay que medir bien y severamente su expresión y no autorizar arbitrarias creaciones de la voluntad privada que la rebasen. La formación abstracta de una categoría general de servidumbres y el paralelismo falaz entre las condiciones que rinden utilidad a un fundo y las condiciones que prestan utilidad a una persona, sirvieron para que, bajo la forma larvada de las antiguas figuras jurídicas y los antiguos nombres, se consagrara la sumisión de la tierra a todo linaje de intereses particulares. El abandono de esta categoría, la anulación de la regla según la cual puede constituirse toda clase de servidumbres con tal que acarreen utilidad a una persona o a un fundo, significa que el Derecho moderno rehusa amparar cualquier interés que intente hacer valer la voluntad privada, y que sólo prestará su tutela a aquellos que se armonicen con el interés común. En primer lugar, hay que colocar aquellos intereses de la propiedad, que en la duración temporalmente ilimitada de ella no pueden menos de coincidir con el interés general de que aumente la productividad de la cosa, ya que toda actividad que por tiempo mayor o menor contradiga tal interés general engendra el empobrecimiento o tiene como sanción la transmisión de esa propiedad hasta llevarla a poder de personas más aptas. Esto ocurre con los intereses a que atienden las servidumbres prediales, que establecen un vínculo de solidaridad entre dos fincas, y en cuya virtud, si bien se priva de algo a un propietario, es una parte igual o más pequeña que la que otro recibe en su beneficio. Lo mismo ocurre con el interés a que responde la constitución del usufructo y del uso, que en sustancia no hacen otra cosa sino ampliar las facultades de disposición del propietario para después de su muerte. La conservación de estas instituciones es recomendable, más bien que en contemplación aislada del juego libre de las leyes económicas, como medida de transición adecuada a fin de hacer menos sensible y brusca la privación de las facultades adquiridas por el dueño para disponer de los bienes por tiempo indefinido (1). Pero sea cualquiera el fundamento de las normas de los nuevos Códigos, resulta evidente de su comparación con el Derecho anterior impuesto por la costumbre, el propósito de restablecer el imperio de la ley en punto al reconocimiento de derechos reales y poner fin a las invasiones indebidas de la voluntad privada; y por esto deben estas reglas ser interpretadas rectamente y no intentar apro-

(1) V. más adelante l. II, c. I, § 2.

vecharse de cualquier imperfección de ellas para abrir una brecha, por la que penetraría inmediatamente la arbitrariedad y quedaría desorganizado el régimen que ellas establecen (a).

57. Aquellos mantenedores de la libre constitución de derechos reales extraños y distintos a los que el Código regula, deberían, como consecuencia lógica necesaria del principio, reconocer la posibilidad de dar eficacia real a la anticresis, o, mejor dicho, a la posibilidad de constituir un derecho análogo a ésta en favor del acreedor y eficaz contra cualesquiera adquirentes del fundo, a diferencia de lo que ocurre con los derechos del acreedor anticrético, según el artículo 1.897 (b). Deberían igualmente reconocer la posibilidad de constituir la «deuda territorial», o sea una hipoteca independiente del crédito, y que fuera, como la *Grundschuld* del Derecho prusiano, transmisible con separación del crédito que originariamente estaba destinada a asegurar; pues aun cuando sin eficacia contra los demás acreedores, porque el artículo 1.949 limita las causas de prelación, sería eficaz contra los sucesores a título singular en la propiedad del fundo. Y me parece que basta exponer semejantes proposiciones para demostrar el error del principio en que se fundan.

Principio que, sin intentar siquiera demostrarlo con seriedad, fué acogido por una parte de la jurisprudencia francesa, deseosa de dar entrada a la enfiteusis ante el silencio que sobre ella guarda el Código de Napoleón. Y precisamente DEMOLOMBE, que combate el principio, acudiendo sin necesidad a la fórmula vaga que prohibe la derogación de las leyes tocantes al orden público mediante convenciones o acuerdos privados, es el que reconoce una modificación

(a) [En nuestra Patria, el principio de orden público propio de la constitución y organización de los derechos reales ha sido insuficientemente tenido en cuenta, tanto en las leyes, como en la doctrina científica. (V. GONZÁLEZ, *Estudios de derecho hipotecario*, págs. 32 y ss.). Por lo general, se admite sin escrúpulo el sistema de libertad en la constitución de derechos reales y modificación de la fisonomía de los establecidos en la ley. El art. 2.º de la L. H., y el 14 de su Reglamento, parecen dar por supuesta esa libertad.]

(b) [La doctrina italiana entiende bastante unánimemente que la anticresis no produce más que un simple derecho personal. En cambio, en nuestra Patria, los escritores no vacilan en atribuir a la anticresis carácter de derecho real, y la Dirección General de los Registros (resoluciones de 15 de Marzo de 1909, 30 de Junio de 1913 y 31 de Julio de 1915) ha confirmado la naturaleza real de la anticresis y su carácter inscribible.]

consuetudinaria del Derecho constituído, realizada por la fuerte corriente de opinión y de intereses que pedía la resurrección de la enfiteusis (1). A despecho del furor legislativo de los países parlamentarios, o por causa de él, ya que su facilidad para legislar produce disposiciones poco meditadas, es muy difícil alzar una barrera que contenga la creación consuetudinaria de nuevas normas jurídicas, que luego consagran las resoluciones judiciales. Mas si al abogado puede convenir retorcer y desvirtuar los principios legales para arrancar una resolución al Tribunal, el intérprete imparcial del Derecho vigente no debe usar los métodos abogadiles, sino investigar y señalar, junto a las deducciones rigurosas de los principios legales, aquellos puntos en que se aparta la práctica judicial, y preparar así la intervención del legislador para que troquele las normas exigidas por nuevas o renacientes necesidades, adaptando a ellas los principios; y esto es lo que debían hacer los intérpretes del Derecho francés para alcanzar el reconocimiento legal de la enfiteusis (a); pero éste no es el caso de los usos irregulares, que, sin responder a necesidad general alguna, no harían más que empeorar las condiciones de la propiedad inmobiliaria.

Otras de las aplicaciones que han querido hacerse de la arbitraria constitución de derechos reales, se hermanan muy bien con principios indiscutibles de las instituciones de propiedad y comunidad; y así sucede con diferentes resoluciones de los tribunales franceses, que en el lugar citado invoca DEMOLOMBE, en las que no se ve derecho real alguno de configuración especial, sino simples relaciones de condominio. Y los principios de la copropiedad, que a diferencia del francés recoge oportunamente nuestro Código en un título especial, son los que hay que aplicar íntegramente a todas las situaciones en que una persona tenga el goce de un fundo cuando esté en seco, y corresponda a otra cuando lo cubran las aguas; cuando uno tenga derecho a hacer el primer corte en un prado y otro el de los cortes sucesivos; cuando el vendedor de un terreno se reserve a perpetuidad el derecho de depositar en él la leña.

Ni nuestro Código ni el francés (b) reconocen el derecho real de superficie; pero, en oposición al Derecho romano, admite aquél

(1) *Distinct. des biens, propr.*, etc., t. II, nn. 515, 529.

(a) [En la actualidad, la enfiteusis está en Francia admitida y reglamentada por la ley de 25 de Junio de 1902.]

(b) [En Derecho español está fuera de duda la posibilidad de la existencia del derecho de superficie, al que se refiere, declarándolo hipotecable y de

la posibilidad de división de un inmueble en planos horizontales. En el artículo 448 está claramente reconocida la distinción entre la propiedad de las construcciones y plantaciones y la propiedad del fundo (a), como para las legislaciones vigentes en la mayor parte del reino se distingue generalmente la propiedad de las minas de la del fundo, no haciendo el artículo 440 sino establecer una presunción, que cede ante la prueba de esta división de la propiedad (b). Los artículos 562-564 (c) regulan la división de la propiedad de los diversos pisos de una casa. Puede haber, pues, una relación compleja de comunidad en la propiedad del fundo (comunidad necesaria, en que no cabe pedir la división) y de propiedad particular del vuelo o de una parte del mismo. Esto sucedería con la concurrencia de dos derechos sobre un monte, atribuyendo a uno la apropiación de las plantas y a otro el de disfrutar y disponer de las cabañas que haya en él; y tal sería también la concurrencia de dos derechos sobre un camino vecinal, que atribuyera a uno la hierba y a otro los frutos de los árboles que en él crecieran. Y esto mismo ocurre al dueño de un palco en comunidad necesaria con el propietario del teatro, y que tiene en el dicho palco la propiedad exclusiva; ni para este caso ni para los otros señalados (1) hay necesidad alguna de construir una nueva figura de derecho real (2).

---

naturaleza real, la ley Hipotecaria (art. 107, n. 1). Lo que resulta difícil es admitir la sustantividad del mismo, dado el precepto del art. 1.655, en relación con el § 3.° del 1.611 del C. c.]

(a) [Art. 359 del C. esp.]

(b) [V. art. 350 del C. esp.]

(c) [Art. 396 del C. esp.]

(1) V. para esto las sentencias que invoca DEMOLOMBE.

(2) En contra: FRANCHETTI, *Del diritto di palco nei teatri* (*Archiv. Giurid.*, t. VII, ps. 201 y siguientes, 369 y siguientes), que atribuye al *derecho de palco* el carácter de un derecho real *sui generis*. La jurisprudeneia motiva sus resoluciones muy variamente: unas veces llama *uso* al derecho de palco; otras veces *usufructo perpetuo*, o *derecho real sui generis*, o *propiedad*, o *propiedad menos plena;* pero en la mayor parte de las resoluciones que he hallado pueden aplicarse muy bien los principios de propiedad y de comunidad, habiendo en cuenta las variadas modificaciones que el título constitutivo implica para la regulación de las relaciones entre los comuneros; es decir, entre los dueños de los palcos o entre éstos y el dueño del teatro. Si no fuera este derecho una verdadera propiedad, no podría constituirse por adjudicación, como se hace siempre en los juicios divisorios; ni sería hipotecable, como ocurre constantemente en la antigua y novísima jurisprudencia, frente a la enumeración taxativa que hace el artículo 1.967. (V. Tribunal de Casación de Florencia, 24 de

Ninguna justificación podría darse a otras resoluciones contrarias, a menos de reconocer la existencia de derechos reales distintos de los admitidos por el Código, y deben desecharse como el principio mismo a que se refieren. Esto sucede especialmente con la eficacia *erga omnes* que algunos escritores quieren dar (1) a la venta de frutos futuros, haciéndola depender naturalmente del derecho de disposición del propietario. No pueden trascender del ámbito de un derecho de obligación los efectos de la venta de cosas inexistentes; porque para que el propietario pueda transmitir la propiedad es necesario que la tenga. Para que el comprador pudiera dirigirse, no sólo contra el vendedor y sus herederos, sino contra cualquier adquirente del fundo fructífero, sería menester investirlo de un derecho real a la adquisición de los frutos; pero tal derecho, separado de la posesión del fundo y de su disfrute directo y con una duración más que vitalicia, sería un derecho distinto del usu-

---

Noviembre de 1884, *Annali*, 1884, 1, 286.) Tampoco podría exigirse por la Hacienda al dueño del palco la contribución territorial, como sucede, aun cuando en primer término responda del pago de la contribución el propietario del teatro, pero con facultad de repetir contra aquél (Tribunal de Casación de Roma, 25 de Mayo de 1885, *Foro*, 1885, 1, 446; Cas. Turín, 11 de Marzo de 1886, *Legge*, 1886, 2, 118; Cas. Turín, 11 de Abril de 1889, *Legge*, 1889, 2, 803), y podría a su arbitrio el propietario del teatro hacer ilusorio el derecho del dueño del palco manteniendo cerrado el teatro (FRANCHETTI acude en favor de los intereses de los dueños de los palcos, patrocinando la posibilidad de que éstos recurran contra el propietario cuando haga tal cosa *¡emulationis causa!*). Por otra parte, como quiera que normalmente este derecho de palco no representa más que una porción mínima del valor de la propiedad del teatro, no hay peligro alguno en agravar un tanto la condición del propietario de éste, reconociéndole a aquél el carácter de propiedad; y así se explica perfectamente la aplicación de los principios de administración de la cosa común (artículo 678), y consiguiente negativa a los particulares dueños de los palcos de que prevalezca su voluntad sobre la del propietario del teatro; como se explica asimismo la que los exime de contribuir a aquellos gastos de reparación que no afecten al edificio entero, sino a partes singulares del mismo, diversas del palco; lo que no se puede autorizar como principio general es que el dueño del palco se desinterese de las reparaciones de la sala o del palco escénico, como los propietarios de los pisos de una casa se desinteresan de las reparaciones que afectan a otros pisos. Finalmente, todas las restricciones al derecho de disfrutar el palco pueden reducirse a la necesidad de disfrutar de él conforme al destino que haya fijado la costumbre y en forma tal que no contraríe los intereses de la comunidad o que no estorbe el disfrute de los demás comuneros (art. 675).

(1) PROUDHON, *Usufruit*, t. II, n. 987.

fructo, y el Código no lo reconoce; por lo tanto, semejante contrato hemos de reputarlo ineficaz para con los sucesores a título singular en la propiedad del fundo. Cosa muy distinta es la venta de frutos pendientes, aunque no maduros, que están en propiedad del dueño del fundo y de los que, por consiguiente, puede lícitamente transmitir dicha propiedad; la única dificultad que esta hipótesis ofrece nace del carácter inmobiliario que se da a los frutos no separados del fundo (art. 411) (a); pero como las disposiciones legales favorecedoras del crédito autorizan la pignoración de aquéllos, a cuyo fin los *movilizan* (artículos 606 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil), bien cabe decir que puede ser transmitida eficazmente su propiedad sin las formalidades de la venta de inmuebles (1).

58. Hay una serie de derechos que salen de los cuadros consagrados por el Código, y que, como los derechos reales sobre cosa ajena, implican correlativamente la obligación negativa de permitir que una persona no propietaria disponga, para un cierto efecto, de una cosa: son los *derechos de uso privilegiado de cosas de propiedad pública;* pero aparte la consideración de que la mayor parte de ellos están reconocidos en leyes especiales, este reconocimiento hállase implícito en la regulación misma de esa propiedad pública, a la que no limitan, como lo hacen los derechos reales respecto de la propiedad privada (2).

La propiedad pública, en efecto, o sea el derecho del Estado y

---

(a) [Art. 334, n. 2 del Cód. esp.]

(1) MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, t. I, mon. IX *in fine*.

(2) En el sentido que aquí admitimos, sólo pueden ser objeto de la propiedad pública las cosas destinadas al uso de todos. En esto no coinciden el concepto de propiedad pública del Estado y el del dominio público definido en el artículo 427 del Código civil, que equipara a los bienes destinados al uso público «las puertas, las murallas, los fosos, los bastiones de las plazas de guerra y de las fortalezas», es decir, la propiedad militar, que participa del carácter de los bienes patrimoniales inalienables o no fructíferos, según la distinción que se infiere de los artículos 7.° y 10 del Reglamento para la administración de propiedades del Estado de 4 de Mayo de 1885, o sea de los bienes que posee el Estado a título de propiedad privada; pero que por su destino, y principalmente por servir a una actividad oficial, no pueden enajenarse; mas la ley ha querido asegurarles la intangibilidad de los bienes de propiedad pública, y particularmente la imprescriptibilidad que no tienen los bienes patrimoniales inalienables. Cfr. GIORGI, *Dottrina delle persone giuridiche*, t. II, nn. 71, 104

otras personas jurídicas públicas sobre las cosas destinadas al uso general, tiene contenido distinto de la propiedad privada, y encierra sólo la facultad de exclusión de todo acto de goce o de disposición contrario al destino de la cosa, en tanto que la propiedad privada excluye en absoluto cualquiera facultad de gozar y disponer de ella. En el derecho de propiedad privada pueden distinguirse dos facultades o poderes: uno, asegurado positivamente y dirigido contra todo el que quiera obtener por sí de la cosa alguna utilidad, y otro, asegurado negativamente, dirigido contra cuantos pretendan impedir el disfrute del propietario; a diferencia de esto, en la propiedad pública existe sólo una potestad de naturaleza análoga a la primera de las enumeradas, y aun con relación a ella, más restringida, porque no garantiza sino la remoción de las actividades contrarias al destino de la cosa. Examinadas superficialmente, parecen de eficacia análoga propiedad privada y propiedad pública, porque tanto en una como en otra quedan los bienes sustraídos a la actividad libre de un no propietario; pero en aquélla van encaminados a asegurar la actividad del propietario, y en ésta tienden a asegurar el uso público a que se destinan. Ahora bien; en su constitución interna existen profundas diferencias: la protección a la propiedad privada cede en beneficio del propietario, y la de la propiedad pública, en beneficio de los usuarios, entre los cuales, a su vez, aquellos que forman el substrato real de la entidad sujeto de la propiedad, tienen intereses, actividad y fines completamente distintos de los intereses, de la actividad y de los fines de la entidad misma (1).

Así entendida la propiedad pública, se comprende que puedan ser sujetos de ella tanto el Estado y las demás personas con poder público (Provincias y Municipios) como los entes morales o personas jurídicas de fundación particular constituídas con el objeto de conservar bienes de uso general. Si un Museo destinado a la ins-

---

y siguientes, t. III, nn. 187 y ss., y RANELLETTI, *Caratteri distintivi del demanio e del patrimonio* (*Legge*, 1892, 2, nn. 7-9). No son naturalmente concebibles respecto a la propiedad militar los usos privilegiados, como no lo son respecto a los demás bienes del Estado o de los Municipios que se destinan a un servicio público, no al uso general.

(1) Para el concepto de la propiedad pública como derecho *sui generis*, entre otros, véase PROUDHON, *Tr. du domaine public*, t. I, nn. 200 y siguientes; EISELE, *üb. d. Rechtsverhältnis der «res publicæ usu» nach röm. R.* (Basilea, 1873). El que las cosas objeto de la propiedad pública puedan procurar alguna utilidad directa al sujeto de la relación no modifica e concepto de la misma.

trucción pública o un edificio religioso consagrado al culto público no pertenecen al Estado, ni a la Provincia, ni al Municipio, sino que están erigidos en entes autónomos o forman parte integrante de una academia o de una institución eclesiástica, que tienen otros fines que realizar y, por consiguiente, otras funciones distintas a la tutela del uso público, no existe una relación de propiedad privada entre los bienes (el objeto) y el sujeto ideal; la actividad que despliega el ente propietario tiene por norma y límite aquella consideración del uso público en virtud de la cual hubo de reconocérsele personalidad y propiedad; por tanto, el poder reconocido a esta personalidad jurídica consiste sólo en la potestad de asegurar el destino público de los bienes, y la defensa que ejerce de su propiedad es la defensa de los intereses de los usuarios (1).

59. Ahora bien: en razón al destino de la cosa, que es el que caracteriza las relaciones que engendra, el sujeto de la propiedad pública está en el deber de asegurar, y el derecho de regular el uso público conforme a aquel destino. Por lo general, este uso común es gratuito, y no sólo asequible a los individuos miembros de la sociedad política propietaria de la cosa, Estado, provincia, Municipio, sino a cualquiera que de ésta pueda disfrutar: individuos extraños a ella, ciudadanos nacionales y aun extranjeros. Esto no constituye un derecho a favor de la serie indeterminada de posibles usuarios, ni a éstos se les garantiza jurídicamente contra el impedimento que un particular les oponga al disfrute, ni contra los que procedan de los actos o de las omisiones de la autoridad a cuyo cargo se halle la conservación y vigilancia de los bienes. A esta autoridad no compete más que defender la propiedad pública y el uso público contra perturbaciones y usurpaciones; del cumplimiento de éste, así como del de cualquier otro deber relacionado con la custodia y conservación del dominio público, sólo es responsable la autoridad política ante la sociedad entera en vía política o administrativa, y no ante los usuarios en general, ni ante los usuarios que sean miembros de la sociedad (2); y la representación de las

(1) En cambio, no es concebible una propiedad pública que tenga por sujeto un particular. Pero sí cabe que sobre bienes de propiedad privada y al lado de ésta se constituya un derecho de uso público a favor de una persona de carácter público. Cómo y por qué no esté admitido esto en el Derecho vigente, lo veremos en el capítulo III de este ibro

(2) Salvo siempre, naturalmente, la posible responsabilidad civil de los funcionarios para con la representación de la persona jurídica. En nuestro De-

demás personas jurídicas o entes morales que sean sujetos de la pública propiedad será responsable ante el Estado, que tiene el derecho y el deber de amparar a todos.

Mas la naturaleza de las cosas públicas y de su destino especial puede exigir que al lado del uso general se reconozca y regule un uso privilegiado, para obtener de ellas, no sólo la utilidad que a todos son susceptibles de proporcionar, sino también las utilidades que sean susceptibles de dar a unos pocos. La concesión de estos usos privilegiados corresponde a la autoridad misma a quien competa defender y regular el uso común, y además, no puede otorgarse sino subordinándola a las exigencias del uso común mismo. De estas concesiones surge un derecho que, según las circunstancias, puede ser inseparable de la persona del concesionario o enajenable y transmisible; en todo caso, posee un valor patrimonial, y de protegerlo está encargada la jurisdicción ordinaria; pero dos caracteres esenciales las distinguen de los derechos reales limitativos de la propiedad privada (a). En primer lugar, no limitan la propiedad pública, sino el uso público al cual aquélla sirve de medio; ante ellos permanece intacta la pública propiedad, y por eso no hay necesidad de que en su constitución intervenga la ley, como ocurre con los derechos reales que desintegran la propiedad privada; al otorgarlos, la autoridad no realiza un acto de disposición de la propiedad en nombre de la persona jurídica a quien representa, sino

---

recho está reconocido a los contribuyentes vecinos de los Municipios el ejercicio de derechos que correspondan al Municipio mismo, en vez de ejercitarlos la autoridad, pero sólo con permiso de la Junta provincial (art. 14 de la ley municipal y provincial); el hecho de admitirse en este caso la acción popular, aunque subordinada a los expresados requisitos especiales, proporciona argumento para excluirla tratándose de la defensa de la propiedad del Estado; GIORGI *(Dottrine delle persone giurid.*, t. III, n. 142); en cambio, la admite siempre que quien la promueva tenga un interés inmediato y personal. Respetables escritores admiten la defensa privada de la propiedad pública debido a una doble confusión entre propiedad pública y propiedad colectiva (V. más adelante los nn. 71 y ss.), de un lado, y entre uso común y uso especial y privilegiado, de otro (v. páginas siguientes). Además, contra los excesos de poder o violación de las leyes por parte de la Administración misma, los intereses de los particulares respecto al uso público están amparados por la Sección cuarta del Consejo de Estado (v. el art. 24 de la ley de 2 Junio de 1889).

(a) [En nuestra Patria ha sido defendido el carácter de derecho real de las concesiones, por ALCALÁ ZAMORA, en su folleto: *La concesión como contrato y como derecho real*. Madrid, 1918.]

que se limita a usar, en una cierta forma, de las facultades que posee para regular el uso de los bienes. Aparte de esto, tampoco tienen el carácter absoluto de los derechos reales, puesto que, según hemos dicho, quedan subordinados a la posibilidad de la continuación del uso público, y son, por consiguiente, esencialmente revocables, a reserva siempre del derecho a la indemnización que pueda corresponder al concesionario cuando la concesión fué onerosa, o, en general, cuantas veces la adquisición del derecho haya acarreado al adquirente un sacrificio del que no pueda considerarse compensado con el uso hecho efectivo (1).

(1) Entre estos derechos, los que tienen mayor importancia son los de derivación de aguas públicas, sobre los cuales véase la ley de 10 de Agosto de 1884 (cfr. GIANZANA, pal. *Acque*, 1, II, tit. I, sec. V en el *Digesto italiano)*. Si el legislador, al reconocer los derechos fundados en antiguas concesiones o usucapidos antes de regir la nueva ley, quiso asimilarlos a los derechos fundados en las concesiones conformes a la ley nueva, o conservar intacta la figura que habían asumido (usurpadora de derechos que modifican o limitan, no el uso público, sino la propiedad misma pública de las aguas), es cuestión muy grave (cfr. GIANZANA, *loc. cit.*, y MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, p. III, l. I, t. II, c. 4). También se suscita una cuestión análoga respecto a los derechos exclusivos de pesca en aguas de dominio público o en el mar territorial, reconocidos por la ley de Pesca de 4 de Marzo de 1877, artículo 1.°, y por los reglamentos de pesca marítima de 13 de Noviembre de 1882, artículo 3.°; de pesca fluvial, 15 de Mayo de 1884 (n. 2.449), art. 4.°, y 15 de Mayo de 1884 (n. 2.503), para lo cual debe verse también MANTELLINI, ob. cit., p. III, l. I, tomo V, y MARTINELLI, *La legge sulla pesca*, nn. 224-291. Las concesiones del dominio marítimo (playas y costas, inclusive los puertos, dársenas, radas y ensenadas), que se hacen también a perpetuidad conforme a lo previsto en el artículo 158 del Código de la Marina mercante (v. también el Reglamento de 20 de Noviembre de 1879 y la ley de Puertos de 2 de Abril de 1885, art. 18), no implican una clasificación de los bienes públicos ni otorgan más que un uso privilegiado, subordinado al interés general, y por consiguiente, sujetos a la eventualidad de su revocación cuando así lo exija la conveniencia de consolidar en su plenitud el uso público (v. MUZI, v. *Acque del mare*, § 29, en la *Enciclopedia giuridica*, t. I). Es muy cierta la precariedad de la concesión para ocupar en forma cualquiera el suelo, vuelo y subsuelo de las vías públicas (véase MANTELLINI, ob. cit., p. III, l. I, t. II, c. 2); esto, sin embargo, no priva al concesionario de disfrutar un verdadero derecho hasta que se extinga o revoque la concesión, y caso de esto último, el de ser indemnizado cuando aquélla le hubiera sido otorgada a título oneroso. Un derecho análogo de uso privilegiado, aunque no sea concedido expresamente, sino en virtud de tácita autorización de la autoridad en materia de vialidad, hay que reconocer a favor de los propietarios de edificios fronteros a calles, caminos y plazas públicas, derecho que

60. Finalmente, bajo el imperio del Derecho actual subsisten todos los derechos reales constituídos durante el Derecho anterior, aun cuando aquél no los reconozca ahora, siempre que no hayan sido abolidos expresamente. Subsisten, por lo tanto, las servidumbres personales irregulares adquiridas legítimamente antes de la publicación del Código, con el contenido y extensión que les reconocía el Derecho anterior. La aplicación más importante de este principio está en la persistencia de los derechos de uso público y de uso colectivo; y como quiera que la posición ambigua que ocupaban en la jurisprudencia antigua entre las servidumbres personales y las prediales, y la referencia que a una clase de estos usos hace el artículo 530 del Código civil, me obligan a incluirlos en el cuadro de mi trabajo, he de volver sobre ello en el capítulo III de este libro, al hablar de las cuestiones generales de Derecho transitorio.

---

justifica la indemnización que reciben cuando se alteran por cambios o reformas las rasantes de la vías públicas (GABBA, *Questioni di dir. civ.*, ps. 79 y ss.), y puede reputarse asimismo, no un derecho real, sino un uso privilegiado de cosas públicas, el otorgado a los concesionarios de tranvías sobre vías nacionales, provinciales o municipales, que, naturalmente, está subordinado en su ejercicio a las disposiciones que adopte la autoridad que lo concede para asegurar el uso público de las vías nombradas; pero como derecho derivado de una concesión-contrato, queda garantizado, si no en su estructura jurídica, en su valor económico, por la obligación de indemnizar que por completo asume la corporación pública propietaria del camino cuando sus actos menoscaben o anulen ese valor. Al uso público están esencialmente destinados los cementerios y, por consiguiente, comprendidos en la propiedad pública de los Municipios (v. la ley de Sanidad pública de 22 de Diciembre de 1888, arts. 56 y ss.); la concesión de sepultura particular no puede constituir un derecho de propiedad o un derecho real *sui generis*, sean cualesquiera la forma y condiciones en que se otorgue (véase el Reglamento administrativo sobre cementerios de 25 de Julio de 1892, arts. 97 y ss.; cfr., para la opinión aquí expuesta, GIORGI, obra citada, t. IV, n. 149); en cambio, FADDA, en *Annuario Crit.*, t. I, p. 74, defiende el carácter de derecho real de las sepulturas. Por último, tienen el carácter de propiedad pública las iglesias, y en general, los edificios destinados al culto público, no católico inclusive, aunque de esta propiedad no sean sujeto el Estado ni los Municipios, sino instituciones eclesiásticas particulares (las iglesias mismas, una hermandad, o congregación, o Universidad) investidas de personalidad jurídica (hay que distinguir de estos casos aquellos otros en que un particular o una persona jurídica moral, una hermandad, por ejemplo, abran al culto público una iglesia, una capilla, un oratorio, sin estar obligados estatutariamente a permitir la entrada al público; entonces el uso público depende completamente de la voluntad del particular o de la representación de la perso-

§ 4. Legislación comparada.

Sumario: 61. Concepto general de las servidumbres y los usos irregulares. 62. Contenido y extensión del derecho de uso. - 63. El derecho de habitación. 64. Definición de las necesidades del usuario. - 65. Intransmisibilidad del uso. - 66. Obligaciones del usuario. - 67. Las servidumbres personales en el Derecho inglés y en el Derecho ruso.

61. Conservan el nombre y el concepto general de servidumbres, entre las legislaciones que he comparado con el Código nuestro en el capítulo anterior, únicamente el Código austriaco (p. II, capítulo VI), el Código sajón (l. II, Sec. V), el Código de Zurich (l. II, Sec. V) y el Proyecto alemán (l, III, Sec. VII) (a), y deducen lógicamente la admisibilidad de servidumbres personales de contenido tan vario como pueda serlo el de las servidumbres prediales. El Código austriaco, en el § 479 y bajo el epígrafe «Servidumbres irregulares», autoriza que puedan constituirse en beneficio de una persona aquellas servidumbres cuya esencia sea predial. El sajón (§ 601) estatuye que «pueden ser objeto de servidumbres personales todas las utilidades de una cosa ajena o cualquiera de ellas; y también aquellas facultades que constituyen la esencia de una servidumbre predial pueden existir como servidumbres personales, sin ir unidas a la propiedad de un fundo, cuando sean de naturaleza tal que puedan beneficiar a una persona». Después de

---

na jurídica y no debe hablarse de propiedad pública). No pueden, por consiguiente, constituirse sobre estos bienes derechos reales a favor de particulares; y los derechos que éstos adquieran (especialmente el derecho de banco en una iglesia), aun cuando posean un valor patrimonial y puedan accionarse ante los Tribunales, tienen carácter de uso privilegiado de cosa pública; dependen, por su pertenencia, transmisibilidad, revocabilidad y modo de ejercicio, de la reglamentación jurídica de la persona moral sujeto de la propiedad, y no tienen como correlativa sino una obligación por parte de dicha persona. (Acerca de la propiedad de las iglesias, v. Chironi en la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, t. XI, pág. 385; sobre el derecho a banco en una iglesia, v. Friedberg-Ruffini, *Trattato di diritto ecclesiastico*, § 177, n. 16, y los escritores allí citados.)

(a) [Libro III, Sec. V, del actual Cód. alemán. También el Cód. suizo, a imitación del alemán, conserva el concepto genérico de las servidumbres (libro IV, parte II, tít. XXI).]

declarar en su artículo 688 que generalmente se constituyen las servidumbres prediales en beneficio del propietario de un fundo, añade el Código de Zurich que excepcionalmente pueden constituirse en beneficio de una corporación o de un individuo. Como en el número 50 hube de notar, el Proyecto alemán contrapone al usufructo la servidumbre personal limitada, mediante la que una cierta persona queda facultada para obtener utilidades singulares de un fundo o ejercer alguna facultad que ordinariamente sirve de contenido a una servidumbre predial (§ 1.044) (a).

Con excepción de los Derechos inglés y ruso, las demás legislaciones regulan el usufructo y el uso en títulos distintos al en que se ocupan de la servidumbre, y no dan a aquellos derechos el nombre de servidumbres personales. Pero el español, luego de definir en el artículo 530 la servidumbre como una carga impuesta a un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto propietario, en el 531 autoriza la constitución de servidumbres en beneficio de una o más personas o de una corporación que no tengan la propiedad del inmueble gravado. Mantiene la prohibición de constituir servidumbre en beneficio de una persona, como el artículo 686 del Código francés (e implícitamente el 616 del nuestro), el holandés (artículo 721), y de la definición que dan de la servidumbre resulta lo mismo en el 721 del Código del Tesino, en el 820 del chileno, en el 2.267 del portugués, en el 1.043 del mejicano, en el 512 (b) del uruguayo y en el 1.189 del guatemalteco, que corresponden a los 531

(a) [Código alemán, § 1.090. El Código suizo ofrece en esta materia un gran interés. Divide las servidumbres en prediales (artículos 730-744) y personales (arts. 745 y ss.), y entre las de este último grupo regula el usufructo (artículos 745-775), el derecho de habitación (artículos 776-778), el derecho de superficie (art. 779), el derecho a una fuente sobre fundo ajeno (art. 780) y las servidumbres de objeto restringido que gravan un fundo en provecho de una persona determinada. A estas últimas se refiere, sin darles nombre especial, el artículo 781, a cuyo tenor «el propietario puede establecer, en favor de una persona cualquiera o de una colectividad, servidumbres de otra naturaleza sobre su fundo, en cuanto éste pueda servir para un uso determinado; por ejemplo: para ejercicios de tiro o para pasajeros. Estos derechos son intransmisibles, salvo pacto en contrario, y su extensión se determina según las necesidades ordinarias del titular de los mismos. Les son aplicables, por lo demás, las disposiciones concernientes a las servidumbres prediales». En cambio, el *uso*, en su sentido romano y tradicional, como derecho distinto del usufructo y dotado de efectos reales, es desconocido en la actual legislación suiza.]

(b) [Art. 550 de la edición vigente.]

del italiano y 637 del francés. El Código argentino, en el 2.502, dice expresamente que no pueden constituirse derechos reales distintos de los reconocidos por la ley y que los efectos del acto constitutivo no producirán más que una obligación personal. Pero si no es necesaria la expresión legislativa de esta prohibición, tampoco basta, sin embargo, con ella para excluir los usos irregulares frente a la doctrina que trata de encuadrarlos en las categorías del usufructo y del uso; y en mi opinión, del concepto que estas legislaciones tengan del usufructo y del uso es de donde hay que deducir si están o no prohibidos, cuando no se les reconoce expresamente, como en forma varia hacen los Códigos austriaco, sajón, español, del cantón de Zurich y el Proyecto alemán.

62. Casi todas las legislaciones mencionadas dan como característica del derecho de uso el estar destinado a la satisfacción de necesidades personales del usuario; y este carácter le atribuyen expresamente en su definición legal el Código sajón en el § 637, el portugués (art. 2.254) y el guatemalteco (art. 1.381) (a). Es notable, entre todas, la definición del portugués, porque señala el requisito de que sean actuales las necesidades como medida de la facultad del usuario diciendo: «El derecho de uso consiste en la facultad concedida a una o varias personas de servirse de una cosa ajena solamente en cuanto lo exijan sus necesidades personales diarias» *(sic)*. Ni el sajón, ni el de Guatemala, hacen lo que éste en el artículo 2.255, que dispone tengan carácter supletorio las reglas que dicta sobre el uso, en defecto siempre de la voluntad del constituyente. La determinación legal del uso en relación con las necesidades del usuario se encuentra también en el Derecho prusiano, que no regula el uso como una institución con carácter sustantivo y nombre propio (I, 19, § 26; cfr. I, 21, § 227); y en el austriaco, donde resulta ya esto del nombre con que se le designa de «uso necesario» *(nöthiger Gebrauch*, § 478), dentro de la enumeración de las servidumbres personales, si bien se reconoce el carácter subordinado o supletorio de los preceptos legales respecto de la voluntad declarada en el título, como contenido del mismo usufructo (§ 504). El Código chileno (art. 811) y el del Uruguay (503) (b) definen genéricamente el uso como el derecho de gozar de una parte limitada de la utilidad y productos de la cosa y como el derecho a servirse de

(a) [V. también el Cód. brasileño, art. 742.]

(b) [Hoy art. 541.]

cosa ajena y exigir una parte de los frutos que produzca; la limitación en relación a las necesidades del usuario se fija como norma supletoria por el chileno (art. 815) y el uruguayo (507) (a), en los cuales sólo tendrá efecto cuando no se regulen en el título constitutivo de una manera distinta (Cód. chileno, art. 814, y uruguayo, 506) (b). Pero en estos Códigos la definición legal del uso se hace en relación con el conjunto de utilidades que de la cosa pueden obtenerse, sin que implique la posibilidad de escindirlas a voluntad de las partes en facultades sueltas.

De modo análogo al francés regulan el uso los Códigos del Tesino, holandés, mejicano y español. En el primero (artículo 216), en el segundo (867), en el tercero (1.035) y en el cuarto (523), se coloca, en primer lugar, la preferencia de la voluntad en el régimen de la institución; y sólo con carácter supletorio declaran todos que las facultades del usuario respecto a percepción de los frutos no pueden exceder de sus necesidades personales (Cód. del Tesino, artículo 217; 868 del holandés, 1.037 del mejicano y 524 del español); que el uso implique siempre el disfrute de un conjunto de utilidades, y no pueda restringirse a voluntad del constituyente a la simple atribución de una sola utilidad singular, resulta, además del significado tradicional de la palabra uso, de la obligación que impone el Código del Tesino (artículo 219) de disfrutar de la cosa como un buen padre de familia y de la obligación de afianzar que impone al usuario el Código holandés (artículo 866), preceptos que van precediendo a la norma que remite al título constitutivo para regir el uso; lo mismo ocurre en el Código español; pues, según he notado más arriba, en él tiene el carácter de servidumbre (artículo 541) la atribución a una persona de singulares utilidades de una cosa. En el Código holandés, según ciertas normas suyas, están limitadas absolutamente, no relativamente a sus necesidades, las facultades de disfrute del usuario; y así, el 872 dice que al usuario de un fundo corresponde el ejercicio de las servidumbres que le sean inherentes, pero no el derecho de caza y pesca (que, según el 821, se le conceden al usufructuario) como inherentes al fundo y correspondientes, por lo común, al propietario (artículo 641); y el 871, que reproduce el principio conocido del Derecho romano que asigna al usuario de animales y rebaños el derecho a utilizarlos en los trabajos agrícolas y hacer suya la leche y

(a) [Hoy art. 545.]
(b) [Hoy art. 544.]

el estiércol, pero no la lana ni los aumentos; lo contrario expresamente de lo que disponen el 1.040 del mejicano, el 2.962 del argentino y el 526 del español, y lo contrario también es lo que debe inducirse que quiso el legislador en todos los demás Códigos cuando no existe una norma explícita en ninguno de ellos. Pero si la ley priva al usuario de alguna facultad que la cosa ofrezca, por ello hemos de inducir que puede el título sustraerle otras, pero no que este derecho pueda quedar reducido al contenido de una facultad singular.

El Código argentino es el único en el que vemos el intento de consagrar parcialmente la doctrina de los romanistas más modernos al asignar alternativamente, en el artículo 2.948, como contenido del uso, la facultad ilimitada de servirse de cosa ajena o la de tomar los frutos del fundo ajeno en la medida únicamente de las necesidades del usuario. En él, pues, también se reafirma explícitamente el principio de que el uso abarca el disfrute *comprensivo* o *global* de una cosa, como el usufructo, aunque no el *total*, como en éste sucede. Y como se repita aquí, en el artículo 2.953, que tiene el carácter de supletorio, el precepto que limita el derecho del usuario a sus necesidades y a las de su familia, después que el 2.952 hubo de remitir al título constitutivo para regular la extensión de este derecho, encuentro en ello otro fundamento para afirmar que, aun en las legislaciones que no definen el uso, el quedar subordinada la norma que señala como límite suyo las necesidades del titular y su familia, a lo que disponga respecto a la extensión el acto constitutivo, no autoriza al constituyente para reducir el contenido del uso a una utilidad singular.

El Proyecto germánico reconoce esta facultad del constituyente, y lo explica con la constitución de una servidumbre personal limitada (§ 1.044) (a), que puede presentar como contenido el mismo de la servidumbre personal irregular o el del derecho de uso, según las otras leyes que hemos examinado. Conforme al § 1.046, la extensión de una servidumbre personal limitada está condicionada por las necesidades personales del beneficiario, si la ley o el título no disponen otra cosa (b).

En cuanto a la extensión objetiva posible del derecho de uso, con arreglo a nuestro artículo 525, puede comprender bienes muebles, aunque no dé una definición general del uso y no mencione

(a) [§ 1.090 del Código alemán.]

(b [§ 1.091. V. en el mismo sentido el art. 781 del Cód. suizo.]

otra cosa el 521 que el uso de un fundo. El artículo 871 del holandés, el 1.040 del mejicano, el 2.962 del argentino y el 526 del español, prevén expresamente que el uso pueda recaer sobre animales y rebaños; el 869 del holandés es el único en decir que el uso de cosas fungibles posee el carácter y el valor de un usufructo, y el 2.959 del argentino declara que puede constituirse el derecho de uso sobre toda clase de cosas, salvo las fungibles; en cambio, el Proyecto alemán no permite la constitución de un uso sino sobre bienes inmuebles (§ 1.044) (a).

63. Para el Código italiano, como para el francés (artículo 632), el austriaco (§ 521), el del Tesino (218), el holandés (873 pr.), el chileno (811), el sajón (§ 638), el portugués (§ 1.° del 2.254), el mejicano (1.038), el uruguayo (503) (b), el guatemalteco (1.390), el argentino (2.948) y el español (524) (c), el derecho de habitación no es otra cosa que el uso de una casa o de parte de una casahabitación, y en el Proyecto alemán (§ 1.050) (d) una servidumbre personal limitada que tiene como contenido la facultad de habitar una casa. El Derecho prusiano no conoce la figura especial del derecho de habitación ni la del derecho de uso; uno y otro están comprendidos en la regulación del usufructo limitado a las necesidades personales del usufructuario. El § 521 del Código austriaco manifiesta expresamente que, cuando no se impongan limitaciones, el derecho de usar de una casahabitación hay que reputarlo como usufructo de la casa. El Código sajón distingue el derecho de habitación *(Wohnung*, § 638) y el derecho de alojamiento *(Herberge*, § 641), no atribuyendo éste la facultad de usar de la casa con arreglo a las necesidades del concesionario y con exclusión del dueño, sino la de habitarla juntamente con éste. Una distinción análoga entre dos formas del derecho de habitación *(Wohnung* = habitación, y *Winkel im Hause* = rincón en la casa) hace en sus artículos 302 y 303 el Código del cantón de Zurich, que no admite el derecho de uso sobre otros bienes.

64. Respecto a la fijación de las necesidades personales del usuario, quiere el Código austriaco (§ 506) que se tomen en consi-

(a) [§ 1.090 vigente. Código suizo, art. 781.]

(b) [Art. 514, § 2.° de la edición última.]

(c) [En igual sentido el Cód. suizo, art. 776; el brasileño, art. 746, y el venezolano, art. 607.]

(d) [§ 1.093 del Código alemán.]

deración cuáles sean en el momento de constituirse y que no autoricen ampliación los cambios posteriores de profesión o estado. Por otra parte, en el § 505 preceptúa que hay que prescindir de los demás recursos económicos de que pueda disponer el usuario para medir las necesidades que con el uso deban ser satisfechas: extremo este último sobre el que no hay precepto alguno en ninguna de las legislaciones mencionadas; sólo el artículo 2.954 del Código argentino indica que no importa nada que el usuario sea o no persona necesitada. Generalmente, está previsto que en las necesidades del usuario estén comprendidas las de su familia, y así lo dicen el artículo 2.257 del Código portugués y el 524 del español; lo mismo dicen el 523 del italiano, 630 y 632 del francés, 217 del del Tesino, 873 del holandés, 1.037 del mejicano y el 1.381 del guatemalteco; pero amplían expresamente estas necesidades a los aumentos de familia posteriores a la concesión; y son más explícitos el 815 del chileno, 507 (a) del uruguayo y 2.953 del argentino, para los cuales el concepto de necesidades familiares se extiende a las de los hijos legítimos y naturales, aunque nazcan con posterioridad a la constitución, a los domésticos y familiares en razón a su condición social, a las personas con derecho a alimentos del usuario, y aun a las que sin tenerlo vivan a su costa en el momento de la concesión (b). Para el Código sajón (§§ 639, 641), el poseedor de un derecho de alojamiento, no de habitación, sólo puede exigirlo para la familia existente al concedérsele; si se trata de una mujer, aun para sus hijos ilegítimos, nacidos con anterioridad o posterioridad; trátese de habitación o de alojamiento, no tienen derecho a él aquellos hijos que han constituído ya familia aparte; pero sí lo tienen, en uno y otro caso, los domésticos y dependientes; y cuando de habitación se trata, se permite al concesionario ejercitar la hospitalidad. Para el Código de Zurich (arts. 302, 303), el titular de un derecho de *Winkel im Hause* no puede habitar con la familia formada después de la concesión, pero el que posee el de habitación, sí.

Que deban o no comprenderse entre las necesidades personales las del arte, profesión o industria ejercidas por el usuario, lo resuelven afirmativamente, y de un modo implícito, el § 506 del Código austriaco, y negativamente, el artículo 816 del chileno, el 508 del

(a) [Hoy art. 545.]

(b) [El Cód. brasileño especifica que las necesidades de la familia del usuario comprenden: las de su cónyuge, las de los hijos solteros, aunque sean ilegítimos y las de las personas de su servicio doméstico.]

uruguayo (a), el 1.389 del guatemalteco y el 2.955 del Código argentino, salvo que del destino económico de la cosa objeto del derecho, o por su relación con el comercio o industria ejercida por el usuario, resulte que se hubiera querido ampliar sus facultades y procurarle, mediante ellas, algo más que la satisfacción de necesidades meramente personales (artículos citados y los 2.961 y 2.963 del Código argentino).

El Derecho prusiano carece de normas interpretativas de la extensión de las necesidades que ha de satisfacer el uso; y el § 1.050 del Proyecto germánico, y sólo en cuanto al derecho de habitación, estatuye que ha de servir para la familia, criados y dependientes, según la condición social del usuario (b).

65. Es principio común a la mayor parte de las legislaciones que examinamos el que el usuario, no sólo no pueda disponer de su derecho transmitiéndolo a otro, sino que ni siquiera se le permita ceder su ejercicio, arrendando la cosa, ni sustituyendo su persona por otra en el goce, cualquiera que sea la forma; y que, por lo tanto, no puedan sus acreedores prevalerse del derecho de uso para obtener el pago de sus créditos; la ampliación de este principio al derecho de habitación borra la diferencia tan aguda que persistía en el Derecho Justinianeo entre ambas instituciones (art. 528 del Código italiano; II, 15, § 75 del Derecho prusiano; arts. 631, 634 del Código francés; § 507 del Código austriaco; art. 220 del Código del Tesino; 870 del holandés; 819 del chileno; § 643 del sajón; 2.258 del portugués; 1.039 del mejicano; 511 del uruguayo (c); 1.383 y 1.391 del guatemalteco; 302 del de Zurich y 525 del español). El Código chileno (art. 819) y el uruguayo (511) (d) autorizan al usuario para enajenar los productos que está facultado para consumir; solamente el argentino distingue entre constitución a título oneroso y gratuito; y si el primero tiene por objeto una cosa fructífera, autoriza la cesión del ejercicio (art. 2.959). Y el Proyecto germánico (§ 1.047) (e), aunque declara en general inalienable el ejercicio

(a) [Art. 546 actual.]

(b) [Cód. alemán, § 1.093. El Cód. suizo concede al habitacionista la facultad de habitar el inmueble con su familia y las gentes que vivan en su compañía, cuando el derecho no haya sido expresamente limitado a su persona (art. 777).]

(c) [Art. 549 de la edición vigente.]

(d) [Idem íd.]

(e) [§ 1.092 del Cód. alemán.]

de las servidumbres personales limitadas, y entre ellas, la de la habitación, que no es sino una de sus formas, autoriza que el título constitutivo pueda también modificar ese contenido en este respecto; si hubo de constituirse como derecho transmisible, forma parte del patrimonio del titular y sus acreedores pueden accionar contra él y tomarlo como garantía para el cobro de sus créditos (a).

66. En cuanto a la obligación de contribuir a los gastos de conservación y a las cargas que pesen sobre la cosa, disponen algunas legislaciones que el usuario peche en la medida misma que el usufructuario, si disfruta de todos los productos o de todas las utilidades de la cosa, y que los satisfaga en proporción al disfrute que tenga si sólo una parte le corresponde en él; así el Código italiano (art. 527), el francés (635), el del Tesino (219), el holandés (875), el chileno (818), el portugués (2.259 y 2.260), el uruguayo (510) (b) y el argentino, 2.957, 2.968 (c). Otros Códigos le imponen una obligación igual a la del usufructuario, y en igual medida, si el disfrute se extiende a la cosa entera; pero si el propietario se reserva una parte, ésta debe consagrarla íntegra al pago de las cargas y a los gastos de conservación, y sólo cuando ellas superen a sus beneficios puede reclamar la diferencia al usuario (§ 508 del Código austriaco, arts. 1.041 y 1.042 del Código mejicano, 1.386 del guatemalteco y 527 del español). Para el Código sajón (§ 540), el usuario debe satisfacer todos los gastos de conservación ordinaria, y el propietario los gravámenes sobre la cosa. El Código de Zurich, artículo 304, declara que corresponde satisfacer todas las reparaciones ordinarias al titular del derecho de habitación y que nada debe satisfacer el que tiene el de albergue; el artículo 818 del Código chileno declara exento de obligaciones al usuario necesitado, a quien, como limosna, se haya concedido este derecho; en cambio, el Proyecto alemán libera ordinariamente al usuario de toda clase de obligaciones, salvo las que puedan haberle sido exigidas en el título constitutivo.

Imponen al usuario la obligación de inventariar y afianzar,

(a) [El Cód. suizo determina, en cuanto al derecho de habitación, que es intransmisible y no pasa a los herederos (art. 776), y en punto a las servidumbres personales restringidas, que son intransmisibles, salvo pacto en contrario (art. 781).]

(b) [Art. 548 actual.]

(c) [Cód. venezolano, art. 611.]

como el usufructuario, el artículo 525 del Código italiano, el 626 del francés, el 866 del holandés, el 2.256 del portugués, el 1.036 del mejicano, el 1.388 del guatemalteco y el 528 del español (a); el Código austriaco, el del Tesino y el de Zurich, ni contienen regla especial para el caso, ni invocan tampoco las prescripciones relativas al usufructo; pero para el Derecho prusiano, que no regula el uso como institución aparte, se le aplican las disposiciones relativas al usufructo; en el Código sajón y el Proyecto alemán no es obligatorio el inventario para garantía del dueño ni en el usufructo ni en el uso; y respecto al afianzamiento, el primero lo rechaza expresamente en el § 640 con respecto al usuario, y el segundo, en el 1.048, lo hace también implícitamente. Excluyen asimismo la obligación de afianzar el artículo 813 del Código chileno y el 515 (b) del uruguayo, pero imponen al usuario la obligación de inventariar cuando esté en posesión de la cosa; y el 2.967 del argentino, en este caso de posesión, ordena que haya de inventariar y afianzar el usuario. La caducidad del derecho, en el caso de abusar el usuario, la establecen como sanción, a la manera del Código italiano, el francés (625), el holandés (865) y el chileno (812), y aun el 529 del español, que no lo establece para el usufructo.

67. No hay en el Derecho inglés instituto alguno análogo a los derechos de uso y habitación; pero los *commons in gross* encierran un contenido semejante a algunos de esos derechos que la jurisprudencia francesa y alemana han reconocido con el nombre de servidumbres personales irregulares. El *common* o *right of common*, que debemos traducir por «derecho de participación», es la facultad correspondiente a un particular para obtener utilidades de un fundo ajeno. Hay cinco clases de *common: common of pasture, of piscary, of turbary, of the soil, of estoves*, que, respectivamente, significan: derecho a participar en los pastos, en la pesca, en las turberas para extracción de carbón, en la de chinarro, piedras y metales y en el corte de leñas. Puede ser constituído el *common* en beneficio de un fundo y estar unido indisolublemente a la pro-

(a) [El Cód. venezolano impone, en principio, a los titulares del derecho de uso o habitación, la necesidad de la caución previa y formal inventario de los muebles, y descripción del estado de los inmuebles, como en el caso de usufructo; pero admite que la autoridad judicial pueda dispensar de la obligación de la caución según las circunstancias.]

(b) [Art. 543 actual.]

piedad del mismo *(common appurtenant*, derecho de participación correspondiente a una tenencia), o en beneficio de una persona, independientemente de la propiedad que tenga ésta *(common in gross*, derecho íntegro de participación o independiente de la posesión de una tenencia) (1). El *common in gross* se adquiere por concesión y usucapión; pero la diferencia profunda que los separa de las servidumbres personales es que, si bien puede estar limitada su duración a la vida del beneficiario, ordinariamente se concede sin limitación temporal y se transmite a sus herederos. Desde mucho tiempo atrás hubo de reconocerse el obstáculo que significaban estos derechos para el mejoramiento del cultivo, y en 1237 se promulgó ya un Estatuto que facultaba al propietario para cerrar una parte del predio sujeto al *common of pasture*, siempre que se dejase a los usuarios una extensión suficiente para sus necesidades; la legislación de nuestro siglo ha avanzado rápidamente para deshacer el embrollo resultante de la superposición de derechos de participación sobre los de propiedad; y una larga serie de Estatutos *(Inclosure Acts)* ha facilitado la distribución de las tierras gravadas entre propietario y participantes y creado una magistratura especial *(Inclosure Commissioners)* con amplias facultades para regularla (2).

Según BLACKSTONE, el derecho de paso sobre un fundo de propiedad particular *(way)* puede ser constituído en beneficio de otro fundo e inseparable de la propiedad de éste *(appurtenant)*, y puede también concederse a una persona o en su beneficio exclusivo (e independiente, por tanto, de la propiedad de otro fundo), pero sin ser transmisible por actos *inter vivos* o *mortis causa*, o bien igualmente con independencia de la propiedad de otro fundo, pero como derecho enajenable y transmisible sin limitación (3).

---

(1) Del *common appurtenant of pasture* se distingue el *common appendant*, derecho de participación dependiente o concomitante, que es la facultad accesoria de una concesión de tierras puestas en cultivo, a virtud de la cual pueden pastar los animales en tierras incultas del mismo señorío. En las tenencias libres no se conceden estos derechos, pero sí en las consuetudinarias *(copyholds)*, tierras dadas a censo o en enfiteusis y que están unidas por el vínculo común de sujeción a un mismo señorío. El *common because of vicinage* es el derecho recíproco entre vecinos de los municipios contiguos de pastorear los ganados sobre los predios comunales, no sobre los fundos de propiedad privada.

(2) STEPHEN, *op. cit.*, n. 33, 1, II, p. I, c. 23.

(3) BLACKSTONE, *Com. sur les lois anglais.*, con notas de CHRISTIAN (traducción CHOMPRÉ). París, 1822; l. II, c. 3.

Pero la jurisprudencia reciente excluye el derecho personal de paso y dispone que éste, como los demás derechos sobre la cosa ajena encaminados a procurar una comodidad más bien que un beneficio *(easements,* opuesto a *profits),* no pueden constituirse *in gross,* es decir, como derechos existentes por sí mismos, sino únicamente en relación con otro fundo *(appurtenant)* (1).

Entre los derechos de disfrute de un fundo ajeno reconocidos en el Derecho inglés, hay el de mantener en lugares cerrados adecuados animales en libertad con fines de caza; derecho enumerado entre las *franchises* o privilegios, lo mismo si existe sobre fundo propio que sobre fundo ajeno, porque es el ejercicio de una prerrogativa de regalía; derecho parcial de disfrute otorgado a una persona, pero enajenable y transmisible a sus herederos (2). El derecho de matar o capturar los animales salvajes no proviene de una prerrogativa regia, y puede ejercitarlo con toda libertad cualquiera que posea legítimamente un fundo (3). Claro que el propietario puede tolerar el acceso, para cazar en su fundo, a otras personas; pero no encuentro rastro de que a esta concesión se le dé el carácter de derecho real.

Ateniéndonos a la exposición que LEHR (4) hace del Derecho ruso, parece que, independientemente de la posesión de un fundo como servidumbre, son reconocidas con eficacia real facultades para obtener utilidades sueltas del fundo ajeno, como el derecho a las leñas del bosque para las necesidades domésticas, recolectar frutos, semillas, hierba, hojas muertas, cazar, pescar y castrar colmenas. El derecho a las leñas corresponde legalmente a los *popes* en los montes de su parroquia; en el *Svod* no hay huella de una institu-

---

(1) STEPHEN, *loc. cit.*, ps. 661-662.

(2) Por su extensión se llama a este derecho *forest,* selva, si envuelve la facultad de conservar alguna clase de animales salvajes, y contiene la subrogación en una jurisdicción especial que entienda en las infracciones que los extraños puedan cometer; *chase,* caza, si las contravenciones quedan sometidas a la ley y jurisdicción común; *freewarren,* vivero franco, si tan sólo faculta para custodiar animales de viveros (cabritos, liebres, conejos, faisanes, perdices, codornices, francolines y becadas); *parc,* cuando la caza está cercada por una tapia o empalizada, y puede ser en terreno propio o ajeno. V. STEPHEN, *loc. cit.*, páginas 668 y siguientes.

(3) En contra BLACKSTONE, *op. cit.*, l. II, c. 3 y 27; pero v. CHRISTIAN en la nota a BLACKSTONE, *op. cit.*, v. III, p. 390, y STEPHEN, *loc. cit.*, p. 669, nota *(e).*

(4) *Elém. de dr. civ. russe,* t. I, nn. 335 y siguientes y 349.

ción similar al uso; y en el Código de los países bálticos, junto al usufructo, no hay más derecho que el de habitación, que en Curlandia es transmisible a título oneroso y gratuito, y en Estonia y Livonia solamente cuando el nudo propietario lo permite; el titular del derecho de habitación tiene que satisfacer las reparaciones y otras cargas por razón de su disfrute; y si está concedido conjuntamente a varias personas, subsiste íntegramente hasta la muerte del último de los interesados (a).

(a) [El vigente Cód. c. de los Soviets no reconoce los derechos reales de uso y habitación.]

CAPÍTULO III

LOS USOS PÚBLICOS Y LOS USOS COLECTIVOS

SUMARIO: 68. Servidumbres prediales de uso público y derechos de uso público. Imposibilidad de constituir éstos con arreglo al Derecho actual. - 69. Derechos de uso público constituídos bajo el régimen de la legislación anterior. 70. Abolición de los usos públicos. Jurisprudencia. - 71. Usos cívicos y colectivos y propiedad colectiva. - 72. Estructura jurídica de la propiedad colectiva. 73. Inalienabilidad y prescriptibilidad de los bienes de propiedad colectiva. Imprescriptibilidad de índole especial en las propiedades de comarcas meridionales. - 74. Continuación. - 75. Derecho de uso de los partícipes en la propiedad colectiva. Título y modo de adquisición. - 76. Contenido del derecho de los partícipes. Intereses y derechos adquiridos con la transformación y supresión de la propiedad colectiva. - 77. Naturaleza del derecho de uso de los partícipes. 78. Recapitulación y conclusión. - 79. Derechos de uso colectivo. Inadmisibilidad de su constitución en el Derecho vigente. - 80. Origen y fundamento de los derechos de uso colectivo, según las leyes anteriores. - 81. Variedad de formas de los derechos de uso colectivo. - 82. Naturaleza del derecho de uso colectivo. - 83. Usos discrecionales. - 84. Leyes derogadoras de los usos colectivos. Ley de Montes. - 85. Legislación en la materia de propiedad pública de los países meridionales. - 86. Los usos cívicos en Tavoliere y en Sila. 87. Legislación acerca de los adempribios en Cerdeña. - 88. Abolición de los usos colectivos en Toscana, Piamonte y el Véneto. - 89. La ley de 1888 derogatoria de las servidumbres comunales en las provincias pontificias. - 90. Proyecto de abolición del «vagantivo».

68. Las personas jurídicas de Derecho público, así como pueden poseer bienes propios destinados al uso público, pueden tambien tener derechos cuyo ejercicio quede a favor del público sobre bienes de propiedad privada, como la servidumbre de camino de sirga en las márgenes de los ríos navegables y la servidumbre de paso en los caminos vecinales (1); derechos que no caen fuera

(1) Ley de Obras públicas de 20 de Marzo de 1865, ap. F., art. 144, 19. Sobre caminos vecinales cfr. CONTI, *Questioni teorico-pratiche di diritto amministrativo*, páginas 64 y siguientes; CERESETO, *Le strade vicinali* (*Giur. it.*, 1887, 4, 157).

de los tipos reconocidos por el Código civil y son verdaderas servidumbres prediales; en aquélla, el río es el fundo dominante; en la segunda lo es el mismo camino comunal en que el vecinal muere. El influjo externo que ejercen y las relaciones en que están con la propiedad privada son idénticas a las que surgen si, en vez de ser el Estado o el Municipio los propietarios del fundo dominante, y sujetos activos, por lo tanto, de la servidumbre, lo fuese un individuo particular cualquiera: únicamente es distinto el modo de ejercerlo, porque la persona jurídica, sujeto del derecho, en vez de ejercitarlo como lo haría con una servidumbre que poseyese a título privado, en interés común y mediante sus propios órganos, abandona a todos su ejercicio para que sirva a la satisfacción de las necesidades individuales (1).

La ley de Obras públicas llama a estas servidumbres sobre caminos vecinales *servidumbres públicas*, y a ellas y a las figuras jurídicas afines convienen también los nombres de *servidumbres de uso público* o *derechos de uso público*. Pero, según la doctrina dominante, esta última denominación responde a un concepto más amplio: al concepto de derechos atribuídos a una persona de Derecho público sobre bienes inmuebles o muebles de propiedad privada y que producen el resultado de procurar al público una o más de las utilidades que son susceptibles de proporcionar estos bienes, como lo sería el derecho de circular en una ciudad, de visitar y recorrer, por distracción o para estudio, un museo, una biblioteca o cazar en un fundo. De los razonamientos expuestos en el § 3.° del capítulo anterior debemos inducir que, a falta de texto explícito legal que los mencione, es imposible llegar a constituirlos en el Derecho actual.

No cabe admitirlos como derecho de uso, en el sentido que el Código civil da a esta palabra, porque tienen un contenido específica y positivamente determinado, cosa contraria a la esencia del derecho de uso; además, porque aun cuando pudieran constituirse en beneficio de un Municipio u otra persona jurídica pública, a te-

(1) Salvo aquí también el uso privilegiado o especial que en los caminos vecinales origina la posición de los fundos, no una concesión, y que, como engendra derechos, impone obligaciones especiales a esta clase de usuarios. Véase la ley de Obras públicas, artículos 51-54. Los derechos de los usuarios particulares sobre las vías vecinales están bajo la garantía de la jurisdicción administrativa de las Juntas provinciales. Véase la ley de 1.° de Agosto de 1890, art. 1.°, n. 12.

nor del artículo 518, en relación con el 529 (a), no podrían exceder de treinta años de duración (1).

Tampoco pueden constituirse como derechos de servidumbre predial, porque faltan los dos requisitos fundamentales a que está subordinada la existencia de la relación de servidumbre: la propiedad de un fundo en el sujeto activo de ella y la utilidad que procure la servidumbre a dicho fundo. La persona jurídica de Derecho público no es propietaria del territorio a favor del cual, y porque de él disfrutan sus habitantes, quiere considerarse constituído el derecho de uso; y tampoco puede decirse que resulte constituído para utilidad del territorio en que habitan los usuarios, aunque éstos y porque éstos disfruten de él. La utilidad de un fundo, requisito esencial en la servidumbre, es una forma de expresión de una cierta manera de utilidad que obtienen las personas, porque la idea de utilidad carece de sentido si no la relacionamos con una persona; pero no cualquiera forma de utilidad que recaiga en la persona del propietario o del poseedor del fundo puede considerarse utilidad de éste, sino sólo aquella que por instrumento, por causas concurrentes, tiene el disfrute del fundo propio y el del fundo sobre el que está constituído el derecho. Precisamente por esto es por lo que, más claramente aún de lo que ocurre con los usos personales irregulares, en los usos públicos se refuerzan los argumentos que se desprenden del silencio de la ley con los de la prohibición expresa del artículo 616 (b). No es que no esté reconocida, es que está expresamente prohibida la sujeción de un fundo a un gravamen o carga para asegurar una utilidad que no reciban los beneficiarios por medio del disfrute de otro fundo.

Tampoco es posible constituirlos como una clase aparte de derechos reales, porque la ley no consiente que pueda modificarse la estructura de la propiedad con la constitución arbitraria de derechos que ella no reconozca y sancione; ni modificaría este principio la circunstancia de que se atribuya a una persona de Derecho público este derecho y no a una persona particular; porque los fundamentos que se han tenido en cuenta para que no se grave ilimitadamente la libertad de la propiedad privada adquieren mayor

(a) [Son concordantes los artículos 515 y 529 del Cód. esp.]

(1) Véase la opinión contraria de CHIRONI en el número 70, nota última.

(b) [Ya sabemos que el art. 594 del Cód. esp. no contiene prohibición ninguna de constituir las llamadas servidumbres personales irregulares, que están autorizadas por el art. 531.]

fuerza cuando se trata de un uso público; pues resultaría más grave la minoración de la libertad que sobrevendría para aquélla. Menos aún puede hallar amparo la creación de estas instituciones en normas de aquel Derecho público, que rápidamente vemos desenvolverse fuera de la ley escrita, empujado por las necesidades progresivas y múltiples de las funciones del Estado. A consecuencia de los mil cruzamientos de la actividad de la Administración pública con la de los particulares, van consagrándose consuetudinariamente relaciones jurídicas que no tienen correspondencia con las categorías tradicionales del Derecho privado, derechos y deberes que carecen de explícita sanción en los Códigos y en las leyes; pero de la formación de nuevas reglas dirigidas a regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, no puede inferirse la derogación consuetudinaria de los derechos asegurados en las leyes, ni especialmente modificaciones al derecho de propiedad privada, por razones de utilidad pública y sin un reconocimiento legislativo.

Por último, no hay en los artículos 533 y 534 del Código (a) reconocimiento alguno de servidumbres sin fundo dominante para encuadrar el uso público en estos tipos. Si los citados artículos que siguen inmediatamente al que indica como requisito esencial de la servidumbre la coexistencia de dos fundos, subordinado uno a otro, consintiesen realmente una servidumbre sin fundo dominante en las servidumbres por utilidad pública, no querrían con ello reconocer que la voluntad privada pudiera constituir derechos de esta clase, sino sólo que podría establecerlos con tales caracteres la ley; las, servidumbres a que dichos artículos se refieren son una especie de las servidumbres legales, y el 534 no hace más que remitir al precepto que las determina. Pero tampoco hay necesidad de interpretar así los artículos dichos; no atienden ellos a todas las variadísimas limitaciones que la ley puede establecer por razón de utilidad pública, sino únicamente a las limitaciones legales que por este concepto de utilidad general forman dentro del tipo propio de las servidumbres, y las que enumera el 534 son todas verdaderas servidumbres para utilidad de los bienes públicos, aguas y vías públicas, que están en la relación de fundos dominantes con respecto a bienes de los particulares (1).

(a) [Son concordantes los artículos 549 y 550 del Cód. esp.]

(1) En el número 79 hablaré de cuanto se deduce del art. 542 y de los trabajos preparatorios respecto al reconocimiento de los usos públicos. Hay que admitir, en cambio, una garantía jurídica para el uso público sobre bienes de personas jurídicas, aunque de fundación privada, que sean destinados a

69. A pesar de todo esto, son justas, en su mayor parte, las resoluciones judiciales que han reconocido estos usos públicos, ya que los han hallado legítimamente constituídos bajo el imperio de leyes anteriores y respetados en las nuevas, que prohiben o no reconocen su constitución para el porvenir. Rebasaríamos los límites del presente trabajo si intentáramos investigar cómo y dónde fueron reconocidos en leyes anteriores estos derechos. El Derecho romano admitía y tutelaba el uso público sobre caminos particulares y sobre las riberas de propiedad particular de los ríos públicos (1): uso que contiene los elementos de una verdadera servidumbre predial; tiene como objeto un fundo particular y posibilita el uso de otro fundo: el camino consular y el río público. Dependió, sin duda, de una razón históricoprocesal el que no fuera reconocida como tal clase de servidumbre predial; cuando no había organismos administrativos adecuados para defender el interés público, asumieron los particulares esta defensa; y ellos la llevaron a cabo, más bien que atentos a obtener la represión del agravio por medio del reconocimiento de un derecho público, con vistas a conseguir inmediatamente del magistrado la prohibición de lo que impidiera el uso público, y la condena, como si mediara infracción, de cualquier hecho que fuera contra la prohibición decretada (2).

Pero hay un caso, al menos, en que parece haberse definido que, aun cuando la propiedad no sea atribuída al Municipio (3), quede asegurado el interés de los ciudadanos: tal es el caso de las estatuas o imágenes, bien meramente decorativas, bien para memoria u honra de una persona célebre, que un particular, previa concesión especial del Municipio (4), coloca en un lugar público: no

---

este uso; pero no hay necesidad de construirlo como un derecho de uso contrapuesto a la propiedad de dicha persona, sino como modalidad de esta propiedad misma; es decir, como una circunstancia que le da carácter de propiedad pública, mejor que de propiedad privada (véase *supra*, p. 129, nota 2).

(1) ULPIANO, 2, § 3, D. *Ne quid in loco publ.*, XLIII, 8; GAYO, 5, D. *De div. rer.*, 1, 8; POMP., 30, § 1, D. *De adq. rer. dom.*, XLI, 1; § 4, I, *De div. rer.*, II, 1.

(2) WINDSCHEID, *Pandekt.*, § 467; ELVERS, *d. röm. Servitutenl.*, § 31; CODACCI-PISANELLI, *Le azioni popolari*, p. I, c. II.

(3) ... *Civium non esse:* ULPIANO, 41, D. *De adq. rer. dom.*, XLI, 1, la cual atribución de propiedad puede realizarse cuando se trata de estatuas meramente decorativas: PAULO, 29, D. *De reb. auctor. jud.*, XLII, 5.

(4) PAULO, 2, D. *De loc. publ.*, XLIII, 9; POMP., 14, D. *De c. et d.*, XXXV, 1.

puede luego quitarlas ni quien las colocó ni ninguna otra persona (1). Tenemos, pues, aquí, ya en embrión, un derecho específico de uso público sobre cosas muebles de propiedad privada, derecho que es independiente de la utilidad de un fundo dominante, de contenido distinto al del uso y el usufructo, y sin la limitación temporal que tienen estos derechos (2).

La multiplicación de las sustituciones y la consiguiente inalienabilidad a que quedaban normalmente afectos, bien a perpetuidad, bien durante mucho tiempo, los bienes fideicomitidos, tuvo que favorecer en el Derecho intermedio el desarrollo de los derechos de uso público. Con arreglo a las ideas asistocráticas de la época, esta inalienabilidad, con la riqueza en que mantenía a las familias más encopetadas, aseguraba el bienestar y el lustre del país; la imposición del uso público casaba perfectamente con el intento de considerar a la propiedad como una manifestación o instrumento de supremacía, no como un instrumento de actividad; y únicamente mediante la inalienabilidad, los bienes muebles capaces de ser incluídos en el fideicomiso, podían jurídicamente ser susceptibles de sostener la carga del uso público. Por otra parte, con la transformación consuetudinaria de la doctrina romana de la servidumbre y la libre constitución de servidumbres personales, se inauguraba una categoría jurídica en la que podía forzarse a entrar el derecho anómalo de uso público para justificarlo formalmente. No podía oponerse al encuadramientro del uso público en el tipo de las servidumbres personales irregulares, la limitación temporal reconocida ya con criterio vario en el Derecho romano respecto al usufructo de personas jurídicas (3); porque la jurisprudencia corriente atribuía a aquel principio el valor de una mera norma supletoria, no imperativa,

(1) La protección se da mediante una *actio* para reivindicarlas, y con una *exceptio* contra el que pretende desplazarlas. ULPIANO, 41, D. *De adq. rer. dom.*, XLI, 1; excepción que LAB., 23, D. *De except.*, XLIV, 1, califica de *præscriptio in factum;* y con la acción penal de hurto contra quien las sustraía clandestina o violentamente: ULPIANO, 11, § 1, D. *Quod vi aut cl.*, XLIII, 24.

(2) Los textos de los que quiere deducirse el reconocimiento más amplio de estos derechos son absolutamente inadecuados; se refieren a la posibilidad y modo de asignar en propiedad a los Municipios legados con destino a la utilidad pública: MOD., 16, D. *De us. leg.*, XXXIII, 2; SCAEV., 17, *eod.* 21, § 3, D. *De ann. legat.*, XXXV, I; MARC., 6, § 2, D. *De auro leg.*, XXXIV, 2; ULPIANO, 5, *De op. pub.*, L, 10.

(3) AEM. M., 68, pr. D. *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2; GAYO, 56, D. *De usufr.*, VII, 1; 8, D. *De us. leg.*, XXXIII, 2.

como en nuestro Derecho; y por ello no rechazaba que se constituyeran servidumbres personales de duración temporalmente ilimitada (1).

Para la persona jurídica, Estado o Municipio, a que se pedía, conforme a la ley, el amparo y regulación del uso público, éste constituía un verdadero derecho real adquirido. La ley posterior hubiera podido, ello no obstante, abolirlo o transformarlo, limitándolo en el tiempo; porque es indudable que el legislador está facultado para suprimir o transformar las instituciones jurídicas perpetuas siempre que así lo exija el interés general. Pero ni la prohibición expresa, ni menos aún la exclusión implícita de la constitución de una cierta categoría de derechos permiten acertadamente inducir la voluntad de la ley de aniquilar o modificar los derechos ya constituídos, salvo cuando la supervivencia de ellos a perpetuidad frustrase por completo el fin perseguido por aquella (2), caso en que no se encuentra ciertamente la persistencia de los usos públicos, y cuando, por otra parte, se realiza tal hipótesis, suele decretarse explícitamente la aplicación de la ley a los derechos constituídos, como lo hicieron las leyes transitorias respecto a la enfiteusis irredimible y los fideicomisos. Ateniéndose a los términos en que están concebidos los preceptos prohibitivos de la constitución de usufructos perpetuos en favor de personas jurídicas («la duración del usufructo no puede exceder de treinta años», dice el art. 517), no puede alegarse que el legislador se propusiera transformar también en usufructos temporales los perpetuos constituídos al amparo y con los requisitos de las leyes anteriores (3); el uso público no tiene nada que ver con el usufructo; a lo más, puede asemejarse a las servidumbres personales irregulares, que, como extensamente he demostrado, no se reputan modificaciones del usufructo o del uso, sino que constituyen por sí mismas una categoría autónoma; y las leyes que vedan para lo futuro su constitución no se proponen transformar las existentes, limitando su duración, ni abolirlas en absoluto. Hay además una ley especial, la de 28 de Junio de 1871, que, al confirmar y completar el Decreto de 27 de Noviembre del mismo año (con el que se promulgó en Roma y su provincia el Có-

---

(1) WINDSCHEID, *Pandekt.*, § 215, nn. 6-8.

(2) GABBA., *Retroattività delle leggi*, p. II, l. I, c. IX, § 14; cfr. p. III, l. I, c. III, § 2, c. VII, c. IX, § 6; WINDSCHEID, *Pandekt.*, § 32, n. 6.

(3) Como lo ha entendido la sentencia del Trib. de apelación de Venecia de 6 de Abril de 1873, *Legge*, 1873, 1, 829.

digo civil), respeta expresamente en el artículo 1.° los derechos que mediante fundación, o por otro título cualquiera, correspondan al público sobre bienes que la misma ley declara libres de los vínculos feudales y de las sustituciones fideicomisarias, aunque conservando provisionalmente la indivisibilidad e inalienabilidad de museos, bibliotecas y de otras colecciones de arte o de antigüedades (1).

70. Ha poco hube de explicar que el haber sido conservados los usos públicos existentes no permite afirmar con razón que hayan sido ineficaces las leyes encaminadas a liberar la propiedad y hacer de ella un instrumento de producción, comercio y cualquiera otra actividad de los particulares. Esto es verdad, sin embargo, sólo porque se ha restringido el ámbito de su aplicación. Tales usos serán siempre una cosa anómala en la construcción de nuestro Derecho actual, que debería encaminarse resueltamente a deshacer la confusión entre propiedad pública y privada (2). Dos caminos puede seguir para ello la legislación: uno dirigido a acabar definitivamente con el pasado, facilitando la redención del uso público por el particular que encuentra gravadas sus fincas con él, o bien la conversión del derecho de uso en pleno dominio a favor de la entidad que está investida de este derecho de uso (3): otro, dirigido a ase-

---

(1) Este artículo lo modificó después la ley de 8 de Julio de 1883, que, manteniendo la indivisibilidad, autorizó la transmisión de estas colecciones al Estado, Provincia, Municipio y personas jurídicas laicas existentes o que se constituyesen, con la obligación de conservarlas perpetuamente destinadas al uso público, en lo cual hay un reconocimiento legal del concepto de propiedad pública de las personas jurídicas distintas del Estado y otras circunscripciones administrativas.

(2) V. a propósito de esto la discusión interesante que hubo de haber en el Congreso de la Rep. romana en las sesiones del 24 y 30 de Noviembre y 1.° de Diciembre de 1848. Ap. MARIOTTI, *La legislazione delle belle arti*, ps. 12 y siguientes.

(3) En el proyecto de Código civil de Cassinis (art. 578) y el proyecto Miglietti (art. 490), se atendía a la extinción de los derechos específicos de disfrute, constituídos a perpetuidad y antes de comenzar a regir el Código, sobre un fundo, a favor de una persona jurídica o de la generalidad de los habitantes de un lugar determinado, facultando al poseedor para cancelarlos después de transcurrir treinta años de vigencia desde la publicación del Código, mediante una indemnización en metálico o mediante el «*accantonamento*», esto es, la cesión de una parte del fundo. Este precepto estaba concebido con vistas

gurar los derechos del público frente a las fundaciones futuras y a posibilitar que sean destinados al uso público, efectivamente, los bienes que se transmiten en propiedad a los particulares, sin resu-

---

a los usos «civici» (v. más adelante nn. 79 y siguientes); y aun cuando formulado en términos amplios y generales, difícilmente hubiera podido aplicarse a los usos públicos, en que no hay jamás posibilidad de redención a metálico. Considerada la importancia que en muchos casos asume el derecho de uso público frente a la propiedad privada y el escaso valor económico que conserva ésta, gravada como está de inalienabilidad, no debiera autorizarse el derecho a rescate de los usos por el propietario, sino reconocérsele a la persona jurídica de carácter público el derecho de consolidar uso y propiedad. La citada ley de 28 de Junio de 1871 prometió formalmente que en la siguiente legislatura se dictarían reglas acerca de las colecciones artísticas, científicas y arqueológicas de Roma y su provincia, que, estuviesen o no sujetas al derecho de uso público, se deseaba conservar para la nación; y el ministro De Falco, propugnando la aprobación de esa ley en la sesión del Senado de 26 de Junio de 1871, hacía notar el carácter necesariamente provisional de la misma, la contradicción que encerraba la extinción de los vínculos fideicomisarios y la conservación, indivisibilidad e inalienabilidad de dichas colecciones, y repetía la promesa de resolver en breve la cuestión mediante una ley. Ni siquiera hubo de intentarse resolverla como el proyecto Coppino, aprobado en la Cámara de Diputados y rechazado por el Senado en la sesión de 8 de Febrero de 1888, que tendía a preparar la ampliación de la propiedad pública artística y arqueológica, concediendo un derecho de prelación al Gobierno en caso de que los particulares intentasen vender en el Extranjero los objetos de arte o arqueológicos importantes para el estudio de la Historia y del Arte de siglos pasados. También el ministro Villari formuló una propuesta de solución, aunque imperfecta, con el proyecto de ley presentado en 28 de Enero de 1892, y que facultaba al Gobierno para que el Tesoro abriese un crédito a fin de adquirir la propiedad de obras de arte y antiguas de elevadísimo valor artístico e histórico anteriores al siglo XVIII y de los derechos que a los particulares correspondían en las colecciones sujetas a uso público; pero de él sólo hubo de aprobarse la parte penal para quien destruyese o distrajese objetos destinados al uso público, completándola con las facultades del Gobierno para mantener y reintegrar los derechos de uso público derivados de un título o de la simple posesión (ley de 7 de Febrero de 1892). Las dificultades financieras que se opusieron y se oponen a la consolidación del uso público con la propiedad pública carecerían de importancia si hubiera ánimos para fijar legislativamente un criterio con que valorar la propiedad privada de bienes sujetos a uso perpetuo, porque, aunque no puedan venderse, tienen un valor, y si, por otra parte, se sacrificara el prejuicio de la indivisibilidad de las colecciones y se compensase la transmisión de la propiedad de los objetos que más importa conservar para uso público, desvinculando otra parte de los bienes.

citar por eso la perjudicial concomitancia del uso público con la propiedad privada (1).

71. Quiere hacerse de los usos *cívicos* o *colectivos* una cosa completamente separada de los *usos públicos* de que me he ocupado en números anteriores, aunque por la imposibilidad de constituirlos dentro del Derecho actual y por el respeto a los constituídos ya con sujeción a leyes anteriores y no abolidos expresamente,

---

(1) Doctrina y jurisprudencia propenden al reconocimiento de la posibilidad de constituir derechos de uso público, aun bajo la vigencia de nuestro Derecho actual, y ninguna de las sentencias que conozco, al resolver acerca de relaciones de esta clase, creadas bajo la legislación anterior, funda su fallo exclusivamente en principios de dicha legislación. V. MANTELLINI, *Lo stato e il cod. civ.*, p. III, l. I, t. III, c. I; GIORGI, *Dottrina delle persone giuridiche*, t. I, n. 117; t. III, nn. 201 y siguientes; t. IV, nn. 112 y siguientes; CHIRONI, en la *Riv. it. per le sc. giur.*, t. V, p. 65, deduce la admisibilidad de una verdadera servidumbre personal de uso público, arrancando de la posibilidad ilimitada de constituir servidumbres personales (v. más atrás n.º 54), y manifiesta que no es aplicable a aquélla el artículo 518, no obstante la referencia al 529, sólo porque se trata de una limitación menos importante de la propiedad que la implicada por el usufructo (con la cual teoría hasta podía explicarse y aprobar una sentencia, para mí extraña, que reconoce la constitución de un derecho de uso perpetuo sobre una iglesia a favor de una hermandad: la del Trib. de Apelación de Palermo, 13 de Abril de 1885, *Circ. Giur.*, 1885, 226); por último, GIRIODI *(Il comune nel dir. civ. it.*, nn. 275 y siguientes), que excluye el concepto de servidumbre personal y de servidumbre predial, ve, como GIORGI, un derecho *sui generis* en el uso público. Entre otras sentencias: Apelación Génova, 29 de Julio de 1878, *Annali*, VI, 2, 35; Apel. Ancona, 23 de Marzo de 1881, *Annali*, 1881, 2, 250; Cas. Roma, 3 de Abril de 1880, *Giur. it.*, 1880, 1, 887, que reconocen el derecho de acceso del público a un museo privado. En contra: Apel. Bolonia, 3 de Abril de 1879, *Riv. Giur. Bol.*, VII, 109; Cas. Roma, 9 de Marzo de 1887, *Foro*, 1887, 1, 394, que reconocen el derecho de entrada del público en una posesión privada; Cas. Turín, 30 de Julio de 1873, 20 de Febrero de 1879, *Giurisp. Torin.*, t. V, 653, y t. XVI, 424, que reconoce el derecho público de jugar a la pelota en un terreno de propiedad privada; Cas. Turín, 29 de Abril de 1882, que reconoce el derecho de tener una feria de ganados en un fundo privado; Apel. Turín, 6 de Junio de 1887, *Annali*, 1887, 2, 92, que reconoce el derecho de uso de un municipio o de una parte de él sobre una capilla privada, a fin de reunirse allí el clero y los cofrades, celebrar misa en ciertos días y depositar los cadáveres antes de sepultarlos, si bien por haberle atribuído el carácter de servidumbre predial discontinua (incurriendo en el error usual de asignar al término municipal la cualidad de fundo dominante; v. más atrás n. 68), no se admitió la adquisición

lleguemos a la misma conclusión a que hace poco hemos llegado respecto a los usos públicos. Fundamento y paralelismo de la distinción los encontramos en la diferencia entre *propiedad pública* y *propiedad colectiva*, en las formas varias que sobreviven en Italia de la comunidad, la participación, las reglas y los dominios colectivos (1). Propiedad pública y propiedad colectiva son, las dos, propiedad, y, por consiguiente, hay en ellas una relación de sometimiento perpetuo o temporalmente ilimitado, por virtud del que se

---

sino en virtud de título y no por prescripción. En cambio, la sentencia del Tribunal de Apel. de Génova de 4 de Junio de 1892, *Foro*, 1892, 1, 1.078, admite una servidumbre de paso público sobre un fundo particular (con lo cual este fallo no choca con los principios expuestos en el número 68, porque el paso público presupone el acceso a un camino público, y, por consiguiente, la existencia y utilidad de un fundo dominante); pero resuelve que no le son aplicables las normas del Código civil sobre las servidumbres privadas y que puede adquirirse por prescripción, aunque sea discontinua y no aparente, estableciendo con ello, y contra el principio que acabamos de sentar, una modificación de la propiedad privada, con motivo de un uso público, no sancionada en la ley. El T. de Apel. de Casale, en 20 de Octubre de 1893, *Giur. Cas.*, 1893, 568, excluye, con razón, que pueda usucapirse el derecho de paso público. El T. de Apel. de Venecia, 26 de Marzo de 1891, *Riv. ammin.*, 1892, 19, llamó derecho de uso público al de un municipio sobre un predio del Estado que le había sido concedido para jardín; pero no le atribuyó el carácter de derecho real, del que no hubiera podido ser expropiado el Ayuntamiento sino con arreglo a las formalidades de la ley de 25 de Junio de 1865; y declaró sólo que, al disponer el Estado del predio, como podía hacerlo libremente, estaba obligado a indemnizar al municipio. (V. nota 1.ª a la p. 131). Finalmente, el Tribunal de Cas. de Turín, en 10 de Noviembre de 1892, *Legge*, 1893, 1, 119, dice ser derecho real *sui generis* el uso público del portal de una casa particular; de la sentencia no aparece cuál era su contenido, pero sí que sería algo más que el simple paso o tránsito.

(1) Sobre el estado actual en Italia de la propiedad colectiva, véase en general el opúsculo de CENCELLI-PERTI, *La proprietà collettiva in Italia* (Roma, 1890), y LAVELEYE, *De la propriété et de ses formes primitives* (ed. IV, París, 1891), c. XV. Sobre dominios colectivos en las provincias meridionales, véase MARSILI, *Studi sui demani comunali nelle provincie napoletane e siciliane e sugli ademprivi di Sardegna* (Turín, 1864); RINALDI, *Dei demani comunali e degli usi civici (Archiv. giurid.*, t. XVIII, p. 203); LOMBARDI, *Delle origini e delle vicende degli usi civici nelle provincie napoletane* (Nápoles, 1885); SCHUPFER, *Apricena, studi sugli usi civici* (en las *Atti dell'Accademia dei Lincei*, s. IV, v. II); DEL GRECO, *Dei demani nelle provincie meridionali* (Vasto, 1885); CIANCI SEVERINO, *I campi pubblici di alcuni castelli del medio evo in Basilicata;* FILIDEI, *I demani comunali* (Beneven-

sustraen ciertos bienes a la libre disposición de todos los hombres. Pero no para quedar asegurada, como ocurre con la propiedad privada, y aun con la de las corporaciones, a la libre disposición del propietario, al imperio de la errante voluntad individual o, dentro de ciertos límites, de aquella que se manifiesta como voluntad única del ente jurídico sujeto de la propiedad, sino para servir inmediatamente a un cierto fin. Fin que en la propiedad pública consiste en posibilitar su uso común a todos los hombres; y por ser inde-

to, 1888 y Salerno, 1890); FORTUNATO, *La questione demaniale nelle provincie meridionali* (Roma, 1882), y las Exposiciones de SALANDRA, SEMERARO y FRANCHETTI con motivo de la Comisión Regia de 1884 acerca de las propiedades del Sur. Sobre las comunidades, consorcios y universidades rurales de las Marcas, Umbrías y el Lacio, v. VALENTI (en las *Atti dell'inchiesta agraria*, t. XI, p. 2); del mismo autor, *Il rimboschimento e la proprietà collettiva nell'Appennino Marchigiano* (Macerata, 1887) y *Le forme primitive e la teoria economica della proprietà* (Roma, 1893); ZUCCONI, *Parere legale sui diritti d'uso civico dei popolani di Fiuminata* (Camerino, 1884). Sobre las participaciones en la Emilia y en la Romaña, v. MANCINI, *Dei diritti del comune di Medicina sul patrimonio Medicinese* (Bolonia, 1872); CASSANI, *Le partecipanze di Cento e Pieve* (Bolonia, 1877), *Sull'origine e sulla essenza giuridica delle partecipanze di Cento e Pieve* (Bolonia, 1878), *Le partecipanze nelle Romagne* (Bolonia, 1886); Anónimo (MANGILLI), *Le partecipanze di Cento e Pieve* (Bolonia, 1877); FRANCHINI, *Studi storico-critico-legali sulla partecipanza di Nonantola* (Módena, 1880); REGNOLI, *Sullo scioglimento delle partecipanze* (Bolonia, 1882); VALCAVI, *La partecipanza di Nonantola* (Módena, 1887). Acerca de las reglas, sobre las comunidades y sobre las vecindades *(vicinie)* en Lombardía, el Veneto y Friuli, v. GLORIA, *Dell'agricoltura nel Padovano* (Padua, 1855); ROSA, *Feudi e comuni in Lombardia* (Brescia, 1876); BONATO, *Storia dei setti comuni* (Padua, 1873); FAVERO, *La selva del Montello* (Milán, 1874); BERTOLINI, *La verità sul Montello* (Bassano, 1887); MAINARDI, *Il vagantivo nelle provincie di Venezia e di Rovigo* (Florencia, 1888); ORTORE, *Il vagantivo* (Adria, 1879 y Adria, 1888); BOCCHI, *Degli antichi possessi immobiliari spettanti al comune ed università di Adria* (Adria, 1883); CAVAGLIERI, *Il diritto di tutti gli uomini all'effettivo godimento della terra* (Venecia, 1893). Sobre el progreso de la propiedad colectiva en Cerdeña, véase TODDE, *Ademprivio* (en la *Enciclopedia giur. ital.*); en Toscana, v. DE STEFANI, *Di alcune proprietà collettive nell'Appennino* (Florencia, 1888). También puede verse mi discurso sobre *Reliquie della proprietà collettiva in Italia* (Camerino, 1888), y los documentos y dictámenes parlamentarios citados en los números siguientes (a).

(a) [Entre las obras más recientes acerca de la propiedad colectiva en Italia, desde un punto de vista general, podemos citar la de CURIS, *Usi civici, proprietà collettive e latifondi*, Nápoles, 1917, y la de CENCELLI, *La proprietà collettiva in Italia*, Milán, 1920.]

terminadamente extenso el círculo de los posibles utilizadores, reconócese sólo aquella forma de uso que pueda ejercitar cualquiera sin impedir el uso de los demás. El fin o destino de la propiedad colectiva consiste en la posibilidad de usarla un determinado y limitado número de personas, y está admitido y hasta es corriente que consista en la obtención de ventajas directas patrimoniales. Tanto a la entidad que es sujeto de la propiedad pública como a la que lo es de la propiedad colectiva, se les asegura el poder de apartar cualquiera clase de actividades que se opongan al destino de la cosa; pero no tienen asegurada, como en la propiedad privada, la potestad de llevar a cabo sobre la cosa o por medio de ella cualquier forma de actividad, sino que le incumbe la obligación de conservar el objeto en aptitud para su destino. Esta obligación está sancionada, y ello constituye otra diferencia entre propiedad pública y propiedad colectiva, con una responsabilidad política y administrativa, asumida por la representación del cuerpo político a que corresponde la propiedad pública, hacia los miembros de él; en cambio, respecto a los usuarios de la propiedad colectiva, lo que existe es una responsabilidad civil, que afecta a los bienes mismos pertenecientes al ente colectivo.

72. Aun cuando nuestro Derecho desconozca el nombre de *propiedad colectiva*, sus principios, que son los mismos del Derecho romano, son suficientemente comprensivos para que pueda encontrar en él reconocimiento y tutela el fenómeno económico que se designa con aquel nombre, y que corresponde a la necesidad de solidarizar intereses que en la independencia recíproca serían fácilmente sacrificados. La figura jurídica que reviste y le permite obtener protección de la ley es la de la propiedad a favor de un ente moral; y las particularidades, anotadas en el número anterior, que caracterizan específicamente la propiedad colectiva, son una consecuencia de la constitución interna de la corporación propietaria. Esta constitución, y con ella el conjunto de relaciones entre los miembros de la colectividad, se reconocen y tutelan en virtud de la ley que da a la colectividad su capacidad jurídica, su personalidad; concesión que está subordinada necesariamente a la persistencia de las condiciones de vida y de actividad en que se ha creado el organismo colectivo. La ley debiera reservarse una autoridad mayor en la concesión de la personalidad jurídica, y no para privar de libertad a los individuos, sino para reforzar ésta; pues se va restringiendo su esfera de acción en tanto en cuanto aumenta el número de

entes dotados de personalidad ficticia, que, en representación de intereses superiores a los sentidos por la generación actual, concurren con ellos en la distribución de las utilidades naturales; y provechosamente podía la autoridad regular tales organismos para evitar que de la permanencia de los fines surja la inmovilidad y para impedir que el grupo oprima al individuo que de él forma parte. Antes de ver con claridad qué intereses está destinada a satisfacer la propiedad colectiva, no podía útilmente hacerse esto, ni sería justo que se hiciera; y se ha procedido bien dejando la posible constitución de nuevos organismos colectivos a las disposiciones que dicta el poder ejecutivo, reguladoras del reconocimiento de la personalidad jurídica, y aceptando reconocidos la herencia del pasado; aceptación ya implícita en el artículo 1.° del Código civil, que invoca «las leyes y usos observados como Derecho público» por las personas morales existentes, por todas aquellas a las que no haya privado de personalidad un precepto expreso legal (1).

(1) En estos últimos tiempos hay un acentuado movimiento legislativo encaminado a favorecer con ciertas limitaciones la consagración o reconstitución de la propiedad colectiva. El primer paso se dió en el dictamen ZUCONNI sobre el proyecto para la derogación de las servidumbres públicas en las provincias que fueron pontificias (*Atti della Camera*, legislatura de 1882-1886, número 270 A), dictamen que aspiraba a asegurar el derecho de los pueblos sobre los bienes que les quedaban y a regular su disfrute (v. n. 89). Se abandonó esta parte del proyecto; pero la idea hubo de reproducirse en el proyecto de ley de iniciativa parlamentaria, aprobado por la Cámara en Abril de 1894 y presentado al Senado (v. el dictamen TITTONI en *Atti della Camera*, legislatura de 1892-1894, n. 134 A), que propuso constituir en personas morales, colocadas bajo la vigilancia administrativa, las comunidades agrarias y participaciones organizadas en las provincias del antiguo Estado pontificio, para cultivo y disfrute colectivo de los predios y para la administración común de rebaños, y las asociaciones de usuarios a las que se les devuelva la propiedad colectiva de los predios de conformidad a lo dispuesto en la ley de 24 de Junio de 1888 (véase más adelante n. 78). El proyecto LACAVA sobre la propiedad pública de los países del Mediodía, presentado al Senado en 18 de Febrero de 1893 (*Atti del Sen.*, legislatura de 1892-1893, n. 77) y retirado después, facultaba a los dueños de las cuotas-partes en que se distribuyesen las propiedades (v. n. 85) para que se constituyesen en *cooperativas*, reconociendo a la persona así formada la propiedad conjunta de las cuotas, que quedarían indivisibles por toda la vida social y subordinando a la permanencia en la asociación la conservación del derecho de sus miembros a sus cuotas respectivas. La Comisión central del Senado no acogió favorablemente esta propuesta y la sustituyó con un consorcio obligatorio, pero temporal, entre los partícipes que

La propiedad colectiva, por consiguiente, es propiedad de una corporación, pero los miembros de ella no son propietarios; y por amplias que sean sus facultades en la administración y disfrute de los bienes, ni unos ni otros, por sí, ni de común acuerdo, pueden dividir los bienes y asignarlos a los individuos como propiedad privada; deben dichos bienes perdurar en la relación subordinada para beneficio de aquellos que en el presente momento no forman parte de la corporación; y el cambio de destino, que cuando comprenda todos los bienes equivale a la desaparición de la persona misma, no puede realizarse con la sola voluntad de los partícipes; es necesario el concurso de la autoridad social, ya que dicho concurso fué también necesario para el reconocimiento del destino referido, y que a ella corresponde la defensa de todos los intereses que no se agotan con la existencia individual. Por el contrario, del hecho de que un grupo de individuos posea en propiedad bienes que éstos no tienen derecho a dividir entre sí, puede con seguridad inferirse que la propiedad corresponde al agregado, y que el agregado o asociación, puesto que ejercita funciones de persona, está dotado de personalidad jurídica (1).

Por otra parte, la corporación está en el deber de destinar los bienes al uso directo de los partícipes individuales, a cuyo deber corresponde un *derecho al disfrute por los particulares;* y en ello consiste la característica principal de la propiedad colectiva, lo que la distingue por un lado de la propiedad pública (cuyo sujeto está en el deber de conservarla para el fin público, sin que a esta conservación tengan un derecho individual los posibles usuarios singulares); y por otra parte, de la propiedad privada de las corporacio-

---

permanecerían libres propietarios de sus cuotas. El proyecto RINALDI, tomado en consideración el 10 de Marzo de 1894 (v. *Atti della Camera,* discusión en las sesiones de 1.° y 16 de Marzo), proponía que en cada Municipio se formasen personas morales *(associazioni agricole e colonie agricole)*, que serían dotadas con bienes rústicos del Estado, Municipios y obras pías y destinados a procurar gratuítamente el disfrute temporal de la tierra a cuantos individuos pobres, pertenecientes al Municipio en que estaba establecida la asociación agrícola (y del reino todo si se trataba de colonia agrícola), quisieran o pudieran trabajarlos directamente por sí.

(1) Un dictamen del Consejo de Estado (25 de Noviembre de 1887, *Giur. it.*, 1888, 3, 35) niega la necesidad de un Real decreto para reconocer la existencia jurídica como ente moral autónomo, a una vecindad existente desde tiempo inmemorial y que ha sido reconocida como tal siempre. Véase más adelante n. 82.

nes, y especialmente de la propiedad privada comunal (que los órganos directivos de la corporación tienen la facultad, pero no el deber, de destinar al disfrute inmediato de los partícipes).

73. Esta obligación de las corporaciones para con los partícipes lleva consigo la prohibición de enajenar los bienes de propiedad colectiva: prohibición que sólo parcialmente puede derogar el Estatuto de ellas cuando la enajenación de algunos bienes se destine a procurarse medios de hacer más provechoso el cultivo de los demás. Pero la prohibición de enajenar sin infringir el derecho de los partícipes no da a los bienes de propiedad colectiva una característica *objetiva:* la de quedar fuera del comercio, que poseen los bienes de dominio público. El quedar fuera del comercio, que comprende la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la incapacidad para ser objeto de derechos reales, puede afectar a bienes apartados de las funciones económicas ordinarias, especialmente de las funciones de producción, y consagrados a un fin particular, como el del uso público, que es recognoscible siempre *exteriormente.* Sin causar una incertidumbre perjudicialísima en la constitución de las relaciones jurídicas, no cabe declarar fuera del comercio jurídico los bienes de propiedad colectiva, de los que los partícipes disfrutan como los particulares gozan de los de propiedad privada, y en los que, por tanto, faltan signos exteriores que permitan inducir la relación especial de sujeción en que están, lo cual serviría para advertir a los que quieran adquirir derechos sobre ellos, si no ha de exponérseles a reivindicaciones de larga duración. Si se quisiera obtener con la incomerciabilidad y consiguiente imprescriptibilidad una garantía a los intereses inmanentes de la corporación, evitando que pudieran sacrificarse a consecuencia de enajenaciones ilegítimas, que luego la usucapión consagrara en favor de los adquirentes, no cabría negar razonablemente esta artificiosa y peligrosa aspiración con respecto a los bienes de propiedad privada de las corporaciones, en los que puede darse también esa usucapión, y sufrir, por tanto, un perjuicio irreparable la entidad, por una culpa de sus temporales administradores (1).

Por lo demás, nadie pretende que deban ser calificados de bie-

(1) Hay entre los romanistas quien cree sancionada por una norma especial la imprescriptibilidad de los bienes de las *civitates* sin distinguir las públicas de las privadas: Véase VANGEROW, § 317, y los autores allí citados. En contra: GOSCHEN, *Vorlesungen*, § 264; SCHILLING, *Instit.*, t. II, § 166; SINTENIS, *Civilr.*, t. I, § 51, n. 37; WINDSCHEID, § 182, n. 5.

nes fuera del comercio, todos aquellos que pueden ser designados como bienes de propiedad colectiva, con arreglo al significado que estoy intentando fijar. Pero hay una vaga opinión que atribuye tal carácter a los bienes de condominio, en los que los comuneros poseen derechos de disfrute, queriendo así estimar aquéllos fuera del comercio, y por consiguiente, imprescriptibles. No me es permitido. hacer aquí ahora un estudio más profundo para resolver cuál fuese la genuína doctrina del Derecho romano sobre el particular (1). Muy cierto que está consagrada legislativamente la imprescriptibilidad de los bienes comunes disfrutados por los comuneros, después de haber sido propugnada fuertemente por la jurisprudencia en defensa de los derechos del pueblo de las dos Sicilias contra las usurpaciones de los barones (2). Y en otras regiones de Italia quedan huellas también, bajo el imperio del Derecho común, de la doctrina que aplica a los bienes comunes disfrutados por los ciudadanos el principio de imprescriptibilidad de los bienes de propiedad pública (3)

---

(1) A veces parece que entre los predios concedidos o reservados a los Municipios hubieron de distinguirse los atribuídos al conjunto de comuneros *(quæ inscribuntur ut silvæ et pascua publica Augustinorum)* de aquellos asignados a la persona jurídica, municipio o colonia *(silvæ et pascua coloniæ Augustæ Concordiæ)*: los últimos, destinados, ora a un servicio público *(silvæ de quibus lignorum cremia in lavacra publica ministranda cæduntur)*, como los bienes patrimoniales inalienables entre nosotros, ora a un uso *público* en el sentido propio de la palabra; esto es, a un uso, no de los comuneros, sino de cuantos se hallasen en el Municipio *(loca publica, quæ in pascuis sunt relicta quibuscumque ad urbem venientibus peregrinis)*; en cambio, los primeros, destinados al uso *colectivo* de los comuneros. Para éstos está expresamente autorizada la enajenación, y a *fortiori*, por lo tanto, la prescriptibilidad. Véase FRONTINUS, *De controversiis agrorum* (en la edición de los gromáticos BLUME, LACHMANN y RUDORFF, Berlín, 1848, t. I, ps. 54-55); cfr. RUDORFF, *Gromatische Institutionem, eod.*, t. II, ps. 395 y ss.

(2) Principalmente con la pragmática *de Salario*, c. 9, dictada por Fernando de Aragón en 1483, y en la pragmática oncena *de baronibus*, dictada por Carlos V en 1536, sobre las cuales véase GUARANI, *Jus feudale neapolit.*, t. III, p. 210; CAPIBLANCUS, *De jure baronum*, pr. XI. y NOVARIO, *Collectan. super. pragmat.*, n. 36. Cfr. WINSPEARE, *Storia degli abusi feudali*, intr., nn. 65, 68, 75; RINALDI, *Dei demani comunali* (en el *Archiv. giur.*, t. XVIII, p. 203).

(3) Véase OTERO *(De pascuis et jure pasc.*, c. XVII), que aplica los principios del Derecho común sobre las cosas públicas a la imprescriptibilidad de los pastos comunes; reconoce, sin embargo, que pueden perderse por prescripción inmemorial y advierte cómo a diferencia de estos bienes destinados al

Es doctrina que domina generalmente en Francia la de la prescriptibilidad de los *communaux* (1), y los separa netamente de la propiedad pública comunal, o sea de los bienes consagrados al uso público, no al mero uso colectivo de los comuneros (2). Es cosa perfectamente explicable, ante las disposiciones incompletas y equívocas del Código (3), que la doctrina intente generalizar la imprescriptibilidad de las *comunaglie,* o sea de los bienes comunales de propiedad colectiva (4). En realidad, continúan en vigor todavía, aunque como Derecho especial, los principios de la legislación napolitana, si bien su autoridad se circunscribe a las provincias continentales e insulares que formaban el antiguo Reino. Los principios de las pragmáticas fueron, además, confirmados por el art. 176 de la ley sobre

---

uso público están sujetos a prescripción ordinaria los bienes *propios del concejo (sic),* o sea, de propiedad privada comunal. El español OTERO habla del Derecho común tal cual era interpretado y aplicado bajo una legislación probablemente semejante a la del Reino de Nápoles, y a cada momento invoca las leyes de su país; pero la edición que tengo a la vista es la publicada en Parma en 1698, con notas del ferrarés BONDENO, que no menciona la autoridad de principios distintos en la Italia septentrional. Además, en sus notas al citado capítulo XVII, confunde la prescripción inmemorial como causa de extinción de la propiedad pública y la prescripción inmemorial como causa de adquisición del derecho cívico de pastos sobre bienes de propiedad privada; y a esta prescripción adquisitiva se refieren los más de los escritores italianos que cita, como el Cardenal DE LUCA, *Theatr. just. et ver.,* l. IV, d. 35, n. 18, d. 36, n. 5.

(1) Si se prescinde de las disposiciones particulares de las leyes de 28 de Agosto de 1792 y 10 de Junio de 1793, que excluían o condicionaban de modo especial en cuanto al tiempo la prescripción en favor de los antiguos señores feudales, v. MERLIN, *Répert.* v. *Communaux,* I.

(2) PROUDHON, *Tr. du domaine public,* t. II, n. 330; VAZEILLE, *Prestription,* n. 99; BATBIE, *Dr. public et administr.,* t. V, nn. 416 y siguientes.

(3) El artículo 432 distingue los bienes de provincias y municipios en bienes de uso público y patrimoniales, dejando en duda si los bienes de que gozan los vecinos deben incluirse en la primera o en la segunda clase. El artículo 2.114, al decir que todos los bienes de las personas jurídicas o morales son prescriptibles, sin señalar, como hace respecto a los del Estado, que sólo pueden usucapirse los bienes patrimoniales, deja de nuevo en la duda de si la necesaria excepción a la prescriptibilidad, debe recaer únicamente sobre los bienes de uso verdadero público y no sobre los de uso colectivo. El artículo 2.113, por último, excluye de la prescripción las cosas fuera del comercio, pero no da criterio alguno para distinguir cuáles son las que tienen ese carácter.

(4) Seguida por SAREDO, *Classificazione dei beni comunali (Legge,* 1877, 3, 147), y por MEUCCI, *Istit. di dir. amministr.,* t. II.

Administración civil, de 12 de Diciembre de 1816, que dice así: «Se considera abusiva toda ocupación y enajenación ilegítima de la propiedad comunal, cualquiera que sea la época en que hubo de efectuarse, y en ningún caso podrá considerarse título para un uso mixto, ni tendrá efectos jurídicos». La imprescriptibilidad consiguiente de la propiedad comunal era alegable en los juicios administrativos de reivindicación; procedimiento especial con que se obtenía la recuperación de los bienes, de manos de los detentadores, cualquiera que fuese la época en que se hubiera realizado la ocupación. El artículo 16 de la ley de lo Contencioso-administrativo de 1865, hubo de mantener en vigor este procedimiento de recobrar, y al mantener esta materia sometida a la jurisdicción administrativa, vino implícitamente a consagrar la vigencia del Derecho que debía aplicarse; pero la acción recuperatoria sólo era admitida contra los antiguos ocupantes de los bienes. Una vez reconstituída la propiedad, y reservado a los ciudadanos el disfrute de las tierras no divisibles, quedan éstas sujetas a los principios del Derecho común, y no me cabe duda de que pasados diez o treinta años puedan usucapirse en perjuicio de la propiedad comunal (1).

74. Sea cualquiera el Derecho que rigiese en ellas al promulgarse el Código civil, en otras provincias de Italia se ha entendido ampliada la prescripción a los bienes comunales con excepción de la propiedad comunal propiamente dicha, o sea la propiedad pública

(1) Sobre encuadramiento de los usos colectivos, y reparto y reserva de una porción de las propiedades para los usos, v. más adelante los números 80 y 85. Sobre la naturaleza del juicio de recobrar, v. los trabajos citados en la página 156, nota 1.ª. Entre otros, el cap. IX agregado por AURITI (?) al libro de C. DEL GRECO; v. también CIARDULLI, *Della liquidazione e del governo dei demani civici nelle provincie meridionali* (Benevento, 1887, 1893). Muchas sentencias han reconocido que todavía se opone el principio de la imprescriptibilidad de esta propiedad a la sanción de las antiguas ocupaciones; v., por ejemplo, Cas. Nápoles, 30 Marzo 1876, *Foro*, 1877, 1, 542; Cas. Nápoles, 29 Abril 1887, *Gazz. proc.*, XXII, 557; Apel. Nápoles, 31 Diciembre 1890, *Foro*, 1890, 1, 735; Apel. Roma, 27 Agosto 1891, *Temi rom.*, 1891, 554. La distinción hecha por mí y la prescriptibilidad de los bienes reservados en el reparto para los usos aludidos, las ha negado el T. de Cas. de Nápoles, 9 de Mayo de 1884 (*Giur. it.*, 1884, 1, 544), que admite la competencia del gobernador para entender en el juicio de recuperación después del reparto, deduciéndolo equivocadamente de la premisa exacta de que los bienes no adquieren el carácter de patrimonio libre del municipio después de disolverse la comunidad; v. sobre esto la nota 1.ª a la pág. 166.

del municipio. Así aparece de los razonamientos que he expuesto hace poco; si la no comerciabilidad no es característica objetiva e inseparable de la naturaleza de la propiedad colectiva, síguese como consecuencia de ello, y la más importante en la práctica, que la prescriptibilidad no puede inducirse sin un precepto legal expreso que inútilmente buscaremos en el Código civil o en las leyes especiales. Por otra parte, el artículo 118 de la ley municipal y provincial de 1865, reproducido literalmente en el 141 de la nueva ley promulgada por decreto de 10 de Febrero de 1889, impone como regla general el arrendamiento de los bienes comunales, y deja al arbitrio del Ayuntamiento, aunque sólo como excepción, y para los casos en que las condiciones especiales del lugar lo exijan, la continuidad del disfrute en especie por la generalidad de los habitantes, con lo cual ha abolido la obligación del Ayuntamiento de conservar esos bienes para el uso de los comuneros con arreglo a su primitivo destino. Esta disposición legal, por la supresión de la inconmutabilidad del uso colectivo, ha transformado en propiedad privada la propiedad colectiva de los municipios (1).

Ahora bien: si no se puede fundar la imprescriptibilidad de los bienes en la inconmutabilidad del uso colectivo y, por consiguiente, los bienes de propiedad colectiva de las comunidades, asociaciones, consorcios, quedan sujetos a ella, evidente es, por el contrario, que de la conmutabilidad del uso colectivo, o sea de la cesación de la propiedad colectiva, hay que inferir el carácter prescribible de los bienes que la constituían (2), y por otra parte, conviene notar que

---

(1) Está resuelto multitud de veces que es facultad de la Administración la concesión del disfrute en especie: T. de Cas. de Roma, 2 de Febrero de 1880, *Man. Ammin.*, 1880, 335; y por tanto, que corresponde entender a los Tribunales administrativos en los recursos contra las resoluciones que reconozcan o rechacen tal disfrute: Cons. de Estado, 15 Mayo 1878, *Legge*, 1878, 2, 406; 12 Enero 1883, *ibid.*, 1883, 1, 395; 12 Enero 1885, *ibid.*, 1885, 1, 425; 7 Marzo 1885 *ibid.*, 1885, 3, 82; 23 Enero 1885, *Riv. ammin.*, 1885, 628.

(2) Rechazan resueltamente la imprescriptibilidad de los bienes comunales disfrutados por los habitantes, o sea *comunaglie* (MEUCCI los llama propiedad *accidental*, y propiedad *esencial* a lo que yo llamo bienes de propiedad pública). DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Dir. amministr.*, § 1.628 y GIORGI, *Dottr. delle pers. giurid.*, t. IV, nn. 79-88, quien sostiene que los comunales son propiedad privada del municipio, salvo en las provincias meridionales. Puede deducirse del artículo 1.° de la ley de 24 de Julio de 1888 sobre la abolición de las servidumbres cívicas en las antiguas provincias pontificias una objeción especiosa contra nuestra afirmación de haberse suprimido la propiedad colecti-

la ley Municipal no ha modificado el Derecho especial vigente en las provincias meridionales, y que las propiedades universales, como allí llaman a los bienes disfrutados por los comuneros, siguen constituyendo una verdadera propiedad colectiva, aunque, según hemos dicho recientemente, sean prescribibles, salvo aquellos que no han sido objeto de reparto por haberse disuelto la comunidad (1).

Los bienes de propios, como patrimonio privado del Municipio, pueden ser perseguidos y enajenados a instancia de sus acreedores (2). Los bienes de propiedad colectiva, aunque sustraídos a la prescripción, no pueden voluntariamente ser apartados de su destino; pero justo es que los acreedores, que facilitan a la colectividad medios de atender a los fines para los que esté constituída,

---

va comunal. Presupone aquél el ejercicio de la de pastos, leña, siembra, por la generalidad de los habitantes de un municipio y sobre los bienes del municipio mismo; ahora bien: si el artículo 118 de la ley Municipal de 1865 tuviera el alcance que a imitación de GIORGI le he atribuído en el texto, no hubieran podido existir los derechos colectivos sobre bienes comunales en las antiguas provincias pontificias, y no se hubiera pensado en abolirlos en 1888.

A mi juicio, en la redacción de la ley hubo una idea errónea sobre la posible condición jurídica de los bienes comunales; pero como quiera que, según veremos en el número 89, esta ley hizo que adquiriesen inmediatamente el carácter de patrimonio libre del Municipio, sin indemnización alguna, los bienes que disfrutaban los habitantes, no hay ninguna disposición preceptiva que contradiga los principios arriba expuestos. La ley Municipal no suprimió, juntamente con la propiedad colectiva, los derechos de uso colectivo que correspondían sobre los bienes comunales a determinados sectores de población. V. más adelante núm. 82.

(1) Este Derecho especial está fundado principalmente en el artículo 21 del Decreto de 23 de Septiembre de 1808, según el cual, los agentes repartidores estaban obligados «a reservar para el dominio público aquellos bienes cuya naturaleza no permitía que fueran de dominio privado», y también el artículo 188 de la ley de 12 de Diciembre de 1816, conforme al que «las tierras destinadas al uso vecinal de pastos deben mantenerse *siempre* destinadas a este objeto». El Consejo de prefectura de Teramo, 10 de Marzo de 1868 *(Riv. amm.* XIX, 349) entendió que para alterar el destino de tales bienes era necesaria una disposición legislativa, y el Consejo de Estado, 7 de Enero de 1882 *(Man. degli Ammin.*, 1882, 76) declaró nula de pleno derecho la resolución de un Ayuntamiento que dispuso el arrendamiento de bienes públicos, ya que legalmente debían haberse repartido o reservarse para los usos vecinales.

(2) GIORGI, *Dottr. delle pers. giurid.*, t. I, n. 120; t. IV, nn. 68, 83; véase Cas. Turín, 31 Mayo 1881, *Riv. amm.*, 1881, 701.

v. gr., al cultivo y mejoramiento de sus tierras, tengan una garantía en ellos. El sistema de sustraer a la acción de los acreedores el patrimonio de la colectividad vuélvese en daño de ésta, porque se obstruye el camino del crédito, y la obliga a vegetar en una infecunda inmovilidad; aparte de que es al régimen interno de la colectividad a quien corresponde procurar el uso discreto del crédito, para que no se disipe el patrimonio común. Sobre esto no hay uniformidad de principios en la jurisprudencia. Jamás se han sustraído a la acción de los acreedores los bienes de propios, los de las comunidades, asociaciones y consorcios; en cambio, los bienes de propiedad general, aun después de la distribución y de haber cesado, por consiguiente, la imprescriptibilidad, se han declarado muchas veces inembargables (1), y no puede negársele justificación a estas resoluciones si se trata de excluir la concurrencia de todos los acreedores del Municipio cuyos créditos se funden en obligaciones extrañas a los intereses de los bienes colectivos. El atribuir a la propiedad pública el carácter de ente jurídico, distinto del municipio, tiene precisamente la ventaja de dar entrada al crédito y de excluir aquella concurrencia.

75. El *título de adquisición* en cuya virtud los individuos tienen derecho a participar del disfrute varía según los Estatutos de las corporaciones. Puede consistir en el simple acto de fijar la residencia en un cierto término, o en fijar la residencia con el consentimiento de los demás partícipes, o con las cargas a que esté subordinado el disfrute, o en la residencia por un cierto tiempo, o en esta residencia unida a la cualidad de cabeza de familia, o juntamente con la propiedad de ciertos inmuebles o de animales, o en el ejercicio de una profesión o industria determinadas, o en la residencia unida al hecho de proceder de una cierta familia, o en esta cualidad última, independientemente de la residencia.

El derecho va unido siempre a la calidad de beneficiario o partícipe, y, por lo tanto, el Estatuto de la corporación es el que tiene

(1) Muy resueltamente Apel. Catania, 19 Junio 1882, *Riv. amm.*, 1882, 592; Apel. Catania, 21 Septiembre 1888, *Giur. catan.*, 1888, 196. El T. de Apel. de Messina, 7 Febrero 1883, *Legge*, 1883, 2, 419, dejó indeciso este punto y sólo afirmó que no puede procederse a la enajenación forzosa si no se ha practicado la acensuación ordenada por la ley. En contra, Trib. Apel. Aquila, 27 de Noviembres 1888, *Riv. amm.*, 1889, 442, que declara enajenables los bienes comunales del Municipio sujetos a usos cívicos vecinales.

que autorizar la posibilidad de enajenarlo o transmitirlo hereditariamente. Este derecho forma parte del haber del partícipe y sirve de garantía a sus acreedores, aun cuando no para obligarle a que ceda el ejercicio de ese derecho si no lo consiente el Estatuto de la corporación, porque entonces quedan reducidos al derecho de embargar los frutos recogidos. Algunos Estatutos autorizan la transmisibilidad libre del derecho, y en este caso queda a voluntad de los partícipes la subentrada de otro en la colectividad; pero es muy rara esta autorización; lo común es autorizar la transmisión *mortis causa* de ese derecho; pero lo que en tal caso se transmite es el derecho *indivisible* de formar parte de la colectividad, y por eso, las relaciones entre coherederos o entre heredero y legatario han de resolverse siempre en un derecho a indemnización, abonable ésta por el que resulte investido del derecho de participación. Y aún más frecuentemente se abandona al arbitrio de los partícipes individuales este derecho de transmisión por causa de muerte; pero el Estatuto es quien señala el descendiente del partícipe que ha de sustituirlo; determinación que encierra siempre una transmisión a título originario, no sucesorio, reputándose extinguido con su vida el derecho del partícipe cuando la transmisión no se opere por su voluntad; y lo mismo que a aquélla no debe perjudicarle la pérdida que pueda alcanzarle por prescripción del derecho de los ascendientes (1), no ha lugar tampoco a compensación con los otros descendientes o herederos excluídos de participar. Claro está que estos derechos particulares no tienen carácter perpetuo, y son absolutamente intransmisibles cuando el Estatuto los funda en la residencia, en la propiedad que se posee o en la profesión ejercitada en el territorio de la colectividad (2).

---

(1) Así lo resuelve precisamente la Cas. de Turín, 9 Diciembre 1879, *Giur. it.*, 1880, 1, 429.

(2) V. a propósito de la adquisición, contenido y transmisión del derecho a participar, los Estatutos de las comunidades de las Marcas publicados en las *Atti dell'inchiesta agraria*, v. XI, t. II; v. además los hechos coleccionados en las *Notizie sulle partecipanze, comunanze e università rurali delle provinzie ex pontificie e dell'Emilia* publicadas por el Ministerio de Agricultura (Roma, 1892); pero hay que estar prevenidos contra la interpretación que de los hechos da esta comunicación oficial, porque presupone que entre la propiedad comunal y el condominio de Derecho privado no cabe otro tipo jurídico, y clasifica como derecho privado de copropiedad cualquiera que no esté constituído en beneficio de todos los habitantes de un Municipio, y, por con-

76. El contenido de los derechos de los individuos no lo determina el *destino económico* que se da a los bienes constituídos en propiedad colectiva, sino el *destino jurídico* de los mismos, consistente en procurar utilidades a cuantos ingresan en la corporación propietaria. Por eso, no hay que considerarlo inexorablemente ligado a especiales condiciones de cultivo, sino susceptible de modificarse o para aumentar la productividad de los fundos en interés común, o para obtener, como consecuencia de las variaciones de cultivo de los predios, una distribución más uniforme de las utilidades de los mismos. La concesión a favor de los individuos se hace frecuentemente, no mediante específica facultad de disfrute, sino de tantas porciones de la utilidad que produzcan los bienes como basten a satisfacer las necesidades del individuo. Pero esta limitación del derecho, por un lado, hace que decaiga el interés de los individuos para realizar aquellos cambios que faciliten, en interés de la colectividad, el aumento de valor de las fincas; y de esta suerte se fomenta más bien la tendencia a conservarlas en aquellas condiciones que permitan la continuidad del goce en la forma anterior. Y, por otra parte, cuando los bienes producen más de lo estrictamente necesario a la subsistencia de los partícipes, como quiera que hay que proceder al reparto de esta utilidad mayor de acuerdo con el principio general que determina el derecho de los individuos, o sea en relación a sus mayores necesidades, aparecen como necesidades que hay que satisfacer las inherentes a la industria, profesión y, especialmente, las originadas por aquellos bienes particulares que poseen los partícipes; de lo que se sigue dar vida a usurpaciones de aquellos instrumentos comunes de producción, en tanta mayor proporción, cuanto más lo permiten las condiciones económicas de los partícipes para obtener nuevas utilidades; y de ahí que esas usurpaciones de la propiedad colectiva sirvan, no para templar, sino para agudizar las desigualdades que hayan surgido entre los partícipes, a consecuencia de aquellas otras actividades; y se trata de una usurpación progresiva, que no se detiene siquiera frente a las exi-

---

siguiente, no pueda incluirse entre las instituciones cuya vigilancia confía el artículo 106 de la ley Municipal y Provincial a los Ayuntamientos. V. principalmente los estudios sobre la propiedad en los países del Mediodía citados en la página 156, nota 1, acerca de la propiedad colectiva de las municipios, frente a la que el derecho individual de participación se califica como derecho vecinal (en contraposición al derecho de los que participan en la colectividad por modo originario o por sucesión).

gencias del uso necesario, y acaba por mutilarlo en beneficio de los más pudientes (1).

En la regulación de la propiedad colectiva, el problema capital consiste en facilitar las oportunas modificaciones al sistema de disfrute, sin que con ello se menoscaben los derechos de los individuos para participar en él. Grave peligro supone el que se crea (o se haga creer) que es interés general del grupo lo que sólo interesa a un sector del mismo, y que, por tanto, se atienda únicamente a las conveniencias de este reducido núcleo, sacrificando el derecho de los restantes. Más aún: el interés general del grupo no es siquiera equivalente a la suma de los intereses que en un momento dado corresponden a todos los beneficiarios, pues no cabe prescindir de lo que implica la serie indefinida de las futuras generaciones. Y la transformación de los fundos y los cambios en el sistema de aprovechamiento pueden muy bien respetar los derechos de los actuales

(1) Un ejemplo característico de estas usurpaciones lo encontramos en la historia de la comunidad de Nonantola, de cuyos bienes sólo una mitad (y gravada, por más señas, con el importe de los gastos generales), queda disponible para las *bocche vive*, o sea aquellos que, individualmente, tienen el derecho a participar, en tanto que la otra mitad cede en beneficio de las *bocche morte*, o sea de los poseedores de otros bienes rústicos distintos en el término nonantolano: v. *Le notizie sulle participanze* etc. (cit. en la nota anterior) ps. 2-14. En los dominios universales *(demani universali)*, en que no tenía el barón más que el derecho de jurisdicción, no un derecho dominical propio, y sólo era un partícipe igual a los demás comuneros, el dejar limitado al uso indispensable este derecho de participar, contribuía, en parte, a defender el derecho de la comunidad contra las invasiones de los señores feudales; v. CAPIBLANCUS, *De jure baronum*, pragmática 12. El mismo CAPOBIANCO *(Ibid.*, nn. 27 y siguientes) expone que no hay que suponer limitado el uso de los individuos en los bienes comunes, como aquel uso personal fundado en una liberalidad privada, a las necesidades de la existencia, sino como una concesión *pro commoditate utentium; non tamen pro magna mercatura sed pro industria*, y a la vista está que, una vez abandonado el criterio, variable, pero cierto, que fija el uso personal (el criterio de la *capacidad personal para disfrutar directamente* de los bienes y consumir sus frutos), son arbitrarias las demás determinaciones y sólo sirven para consagrar la desigualdad de derechos de los partícipes, según su diversa capacidad, no de disfrutar directamente, sino de utilizar los bienes, y, por lo tanto, según su diversa condición económica. La antigua jurisprudencia consideraba esta desigualdad como una consecuencia de la propiedad colectiva (véase CAPIBLANCUS, *loc. cit.*, nn. 20-21; OTERO, *De pascuis*, c. III, nn. 7 y siguientes; DE LUCA, *De servitut.*, d. 41, n. 8); todos dan más extensión al disfrute de los *cives ditiores*, y se contentan con tutelar el derecho de la colectividad contra los señores, equiparando su derecho al que corresponda a uno o

beneficiarios y, sin embargo, comprometer el porvenir, yendo contra el destino fundamental de la propiedad colectiva.

No menos grave es el peligro opuesto de que para salvar los intereses presentes y futuros de los partícipes se rehuyan reformas fecundas. Entre el estancamiento y la disolución de la propiedad colectiva sólo esta última fué temida durante mucho tiempo, y a ello se debe la multiplicidad de precauciones para evitar, no sólo las usurpaciones directas al derecho de todos, realizadas por aquellos en cuyas manos estaba la suerte de la colectividad y que hacían pasar por intereses de ésta los suyos propios, sino también para impedir las transformaciones que indirectamente condujesen a este efecto (1); y al elevar a ley aplicable a la propiedad colectiva perpetua un principio que estableció el Derecho romano para la relación efímera de copropiedad (2), se asignó a cada uno de los partícipes el derecho de oponerse a lo acordado por todos los demás: recurso que si pudo ser oportuno cuando los intereses de la colecti-

---

dos de los ciudadanos más ricos (DE LUCA, *op. cit.*, d. 36, n. 2). Lo mismo acaecía en la jurisprudencia francesa antigua, que, según MERLIN (*Rép.*, vocablo *Usage*, s. II, § 5), autorizaba el disfrute de los individuos con arreglo a los bienes inmuebles poseídos; regla modificada por las leyes revolucionarias (véase también MERLIN, *Rép.*, v. *Marais*, § 3, n. 3. En contra, CURASSON, en las notas a PROUDHON, *Droits d'usage*, n. 1.013). El único modo de impedir permanentemente esta desigualdad, consiste en negar la consideración de un verdadero derecho a los individuos y subordinar los que poseen al derecho de la colectividad (v. n. siguiente). DE LUCA sostiene que alguno de los partícipes puede disfrutar más ampliamente de los bienes comunes, cuando con ello no dificulte el disfrute de los demás; después rectifica y reconoce que debe prevalecer el interés de todos sobre el de los individuos, y que hay que modificar el destino económico de los bienes o limitar el disfrute directo, cuando no todos los partícipes estén en condiciones de aprovecharlo y arrendar los fundos *ut reliqui cives in aequipollenti obtinerent illum usum qui debet esse omnibus communis*. En cambio, OTERO insiste en que el reparto de las utilidades entre los partícipes se haga *proporcionalmente a la riqueza*, invocando sofísticamente la extensión varia que en el Derecho romano tuvo el *usus* adecuadamente a las condiciones personales del usuario; y no hay ninguno que con más desembarazo haya llegado a legitimar ciertas usurpaciones de la propiedad colectiva. Así, dice: es de interés público que se aumente la riqueza privada, y los bienes comunes deben servir para este aumento.

(1) NOVARIO, *De gravaminib. vassallorum*, p. I, gr. 33; COVARRUVIO, *Quæst, pract.*, c. 37; MAFFEI, *Instit. jur. civ.*, l. III, c. 7; DE LUCA, *Th. just. et ver.*, l. IV, *de servit.*, disc. 38, n. 3, etc.

(2) PAPIN., 28, D. *Comm. divid.*, X, 3; cfr. Cód. c., a. 677.

vidad de usuarios estaban imperfectamente representados en la asociación comunera, aun cuando la jurisprudencia de los tiempos próximos lo templó en diferentes formas (1), detiene el progreso de los organismos colectivos.

Y a ello se debe, conforme al ritmo fatal de todo progreso, el que se suscitara la reacción que hubo de conducir a la supresión de la propiedad colectiva. La ley, que es emanación de la autoridad social, prefirió cortar el nudo, en vez de desatarlo, y abolir el destino jurídico de la propiedad colectiva para abrir campo a las transformaciones económicas, sin que con ello violara tampoco los derechos adquiridos, porque los que no habían ingresado todavía en la colectividad cuando fué disuelta por la ley no perdían nada, sino la posibilidad únicamente de adquirir un derecho; y los que formaban ya parte de ella y habían adquirido un derecho, podían ser compensados de esta privación. Mas la ley no es el juez, que debe limitarse a resolver sobre lo tuyo y lo mío: la ley crea derechos, y ha cumplido un deber negativo que ni siquiera es tampoco un deber absoluto (2), ya que, en las transformaciones realizadas, ha dejado a salvo los derechos adquiridos. La ley debe precisamente tomar en consideración los intereses para elevarlos, cuando sean dignos de ello a su juicio, a la dignidad de derechos. Si hubo un tiempo en que pudo creerse que los intereses atendidos en cierta medida por la propiedad colectiva debían ser sacrificados para incrementar la propiedad individual, y que en este incremento mismo hallarían una compensación indirecta, pues a la constitución de la propiedad individual había de seguir necesariamente un aumento de producción, y este aumento repercutiría en beneficio de la distribución de la riqueza, hoy no pueden alimentarse estas ilusiones; la experiencia hecha nos ofrece la extinción de estos derechos colectivos; pero si exceptuamos cierto beneficio obtenido con el término de la confusión en que estaban, generalmente, con derechos individuales (3) y nos atenemos a los resultados, fácil será demostrar que, abierta la puerta a la creación de la propiedad privada, esa propiedad individual, de cuyo empuje se esperaba la regeneración económica de los bienes colectivos, ha encontrado más cómodo marchar por el camino de la exclusividad del goce que no aumentar

---

(1) De Luca, *loc. cit.*, disc. 41; Otero, *De pascuis*, c. XII, n. 3.

(2) Filomusi-Guelfi, *I diritti acquistati e la legislazione (Foro it.*, 1876, f. V.)

(3) V. nn. 79 y ss.

con la producción la intensidad del disfrute. Si queremos que la propiedad sucesora de la colectividad determine una actividad conforme al interés general, es necesario, no sólo constituir, sino asegurar la existencia de la pequeña propiedad, que cuando se la coloca en situación de resistir el poder absorbente de los latifundios, inevitablemente se esfuerza por aumentar la utilidad de los bienes, y que puede adaptarse a las distintas condiciones de terrenos y cultivos si sus titulares, en vez de estar aislados, se unen y cooperan juntos para ello. Pero no es ya una extravagancia creer que puedan mantenerse con utilidad, y reconstituirse donde hayan languidecido, estos organismos colectivos (1) y permitir y aun promover cambios progresivos en el destino económico de sus bienes, siempre que permanezca íntegra la posibilidad de que los llamados a participar en la misma encuentren en ella libre campo al trabajo y a la producción. Estos organismos son también perfectamente aptos para acomodarse a las condiciones naturales en que, aun económicamente, es más ventajoso el disfrute colectivo, como sucede con los pastos de los terrenos montañosos, y no son incompatibles tampoco con la individualidad del disfrute, que puede conseguirse con la distribución por cuotas a los partícipes por un tiempo mayor o menor.

77. Me interesa que conste aquí sobre todo que este derecho de los participantes *no tiene carácter de derecho real* aunque haya sido discernido a perpetuidad, ni sitúa al individuo en relación de potestad inmediata con los bienes de la colectividad, sino en correlación exclusivamente con el deber de la colectividad de conservarlos para su destino; y el aseguramiento a los individuos del goce de los bienes lo es sólo mediante la expresada obligación de la colectividad; y así es como se comprende únicamente que pueda asumir forma y contenido tan varios y comprender facultades de disfrute determinadas específicamente.

Surge de esta ausencia de *realidad* la importantísima consecuencia de que el individuo no puede reivindicar su derecho usurpado, y ha de confiar al órgano adecuado de la colectividad la defensa del mismo contra terceros. Aun con el consentimiento unánime de los interesados, no es posible enajenar la totalidad de los bienes colectivos, como tampoco lo sería el reparto y distribución en propiedad de los dichos bienes entre sus usuarios; es necesario para ello el concurso de la autoridad social, porque esos actos im-

(1) ELLER, *La riforma civile*, c. CLXXIV.

plicarían la extinción de la colectividad, que como persona no puede existir sin bienes que le sirvan de medio para obtener sus fines. Es válida, sin embargo, la enajenación parcial de bienes si se hace con arreglo a los Estatutos de la colectividad, que pueden exigir el consentimiento de todos los usuarios o sólo el de la mayoría; cualquiera de los usuarios puede impugnar o instar la nulidad de una ilegal enajenación; y todos también pueden pedir la revocación hecha en fraude de sus derechos, aun de aquellas enajenaciones realizadas legalmente, cuando el patrimonio restante de la colectividad no baste para ejercitar el derecho de uso que al reclamante le corresponda. Pero como no es un derecho *real* el de los individuos partícipes, no pueden ejercitarlo contra los bienes cuando éstos hayan pasado a constituir una propiedad privada, y aquéllos no puedan o no quieran accionar la nulidad o revocación de lo enajenado; sólo pueden reclamar a la colectividad el resarcimiento de la privación sufrida.

Sin embargo, prevalece la opinión (1) que reconoce a los partícipes el derecho a actuar en nombre propio y en defensa de un derecho real distinto de la propiedad e individualmente a ellos atribuído, para reivindicar contra terceros el disfrute de los bienes colectivos y remover los obstáculos que se opongan a este disfrute; pero no a ejercitar en representación de la comunidad o de la corporación aquellas acciones exclusivamente relativas al derecho de propiedad de esos bienes. Esta opinión trata de apoyarse en la tradición del Derecho intermedio, que reconocía sin vacilaciones en los usuarios individuales de bienes de aprovechamiento común, estas acciones; pero a mi parecer semejante invocación es un error. Lo que el Derecho intermedio reconocía con amplitud no era la defensa real de derechos individuales de disfrute, sino la acción popular procuratoria del Derecho romano, acción que podía ejercitar *quisquis de populo* para tutelar los *publica jura* (2), no el propio dere-

(1) PROUDHON, *Dr. d'usage*, t. II, n. 781; MEUCCI, *Istit. di Dir. ammin.*, p. I, sec. I, c. II. Respecto a la jurisprudencia, véase más adelante el número 82. Aun los que reconocen en los partícipes un derecho real limitativo, no dicen que los usuarios individuales estén investidos de acciones pertinentes a la propiedad de los bienes; ahora que, como de todas maneras poseen un derecho, asegurado legalmente, para disfrutar de los bienes de la colectividad, no creo que en principio deba excluírseles del derecho a intervenir en los juicios relativos a la propiedad (así lo resuelve el T. de Apel. de Catania, 19 Junio 1892, *Riv. ammin.*, 1892, 592; 3 Agosto 1892, *Legge*, 1892, 2, 700).

(2) CODACCI-PISANELLI, *Le azioni popolari*, p. I.

cho suyo; y tan verdad es esto, que al concurrir varias acciones dirigidas a la conservación de la propiedad pública, se elegía y se optaba únicamente por aquella que ejercitase el más apto para triunfar en la causa común (1); y que la sentencia pronunciada en el juicio así promovido, tenía fuerza de cosa juzgada en favor y en contra de la comunidad siempre que no hubiera mediado inteligencia encubierta con el adversario, o aquella clase de culpa a cuya virtud no podía ser alegado frente al pupilo el fallo dictado contra su tutor (2).

El reconocimiento de una acción real, y por lo tanto, de un derecho real a favor de los partícipes individuales, además de ser una construcción incoherente, jurídicamente, está en oposición con el fin económico de la propiedad colectiva, y es, además inadmisible en el Derecho actual. Lo primero, porque hay que reconocer siempre que el derecho del individuo depende, no sólo en su adquisición, sino también en su conservación, de la adquisición y conservación de la cualidad de partícipe en la colectividad; y, sin embargo, se pretende que sea independiente el derecho ése del derecho de la colectividad (3). Es opuesto a la función económica de la pro-

(1) OTERO, *De pascuis*, c. XXIX, n. 4.

(2) SCAEV., 44, D. *De r. jud.*, XLII, 1; OTERO, *loc. cit.*, nn. 8-9.

(3) No es tan incongruente, aunque todavía corresponde menos a las relaciones jurídicas que estamos examinando, tal como nacen de la ley y la costumbre que las forman, la construcción de PROUDHON (*op. cit.*, t. II, n. 783), para quien el derecho de los partícipes tiene objetiva y subjetivamente carácter *real*, es decir, carácter de servidumbre predial constituída en beneficio de un fundo privado. Sin embargo, la aplica únicamente a los comunales (*communaux*): en las otras formas de propiedad colectiva el derecho de los partícipes no está subordinado a la posesión de un fundo en propiedad privada, salvo algunos casos, en que mediante las usurpaciones por parte de los propietarios particulares ha sido deformada la constitución originaria (V. *supra*, página 170, nota 1). Pero en la propiedad colectiva comunal el derecho de uso tampoco corresponde sólo a los poseedores, sino, en general, a los domiciliados en el municipio, tengan o no inmuebles de su propiedad; y aun cuando el derecho a participar vaya unido a la posesión de bienes particulares, esto es un elemento secundario, no el fundamento principal. No sólo no hay una relación constante entre el uso y la necesidad de otro fundo, sino que en muchísimos casos la utilidad que redunda del uso no se obtiene por medio del disfrute de otro predio. Y, sobre todo, nótese que los particulares que renuncian al derecho de uso no asumen otra obligación que la personal de no ejercitarlo; en tanto que si tuviesen como propietarios particulares una servidumbre predial, su renuncia perjudicaría a los que les sucedieran en la propiedad.

piedad colectiva, que consiste en solidarizar los intereses de un cierto grupo de individuos en el aprovechamiento de la tierra, y no puede progresar y desenvolverse sino restringiendo la oposición de estos intereses dentro del grupo, y asegurando, sólo frente a los ataques exteriores, el amparo del interés único resultante del conjunto de los intereses individuales. Y es inadmisible en el Derecho actual, porque ni como variedad del derecho de uso, ni como forma distinta de las reconocidas en el Código puede admitirse la constitución de derechos reales que modifiquen la propiedad de las colectividades (1).

Esta construcción jurídica empeora más allí donde está autorizada la defensa ante los Tribunales de un derecho individual de los comuneros contra terceros perturbadores, y es negado a aquéllos igual derecho contra la misma colectividad propietaria cuando procede arbitrariamente (2). Si tuvieran un derecho real los par-

---

(1) No es imposible la continuidad de derechos constituídos bajo el régimen legal anterior, pero únicamente persistirían aquéllos adquiridos individualmente por los partícipes singulares. (V. el número precedente.)

(2) MEUCCI, *loc. cit.* Nótese que este escritor se refiere principalmente a los comunales, para los que no hay efectivamente un derecho al disfrute de los particulares, antes de que la junta que los gobierne acuerde el disfrute en especie y que no distingue (V. pág. 170, núm. 1) de los comunales la propiedad de las provincias meridionales, en que hay el supuesto previo siempre de que la Administración debe permitir el disfrute a los particulares. Pero aun para los comunales reconoce la jurisprudencia dominante la *tutela judicial* del derecho de los comuneros, cuya *causa* está en el acuerdo que ordena el disfrute en especie (T. Cas. Turín, 19 Junio 1883, *Riv. amm.*, 1883, 666; Apel. Turín, 23 Abril 1886, *Riv. amm.*, 1886, 431; Cons. de Estado, 23 Enero 1885, *Riv. amm.*, 1885, 628; 26 Agosto 1891, *Riv. amm.*, 1891, 992; 10 Agosto 1892, *Riv. amm.*, 1892, 960). Esta última resolución declara ser jurisprudencia constante la competencia judicial. Lo que más frecuentemente ha producido la apelación a la tutela judicial es la exclusión del disfrute en especie de los terratenientes no vecinos; la aprueban, por ejemplo, Apel. Turín, en la resolución citada y en la de 22 Febrero 1886 *(Man. amm.*, 1886, 252); Apel. Catanzaro, 19 Diciembre 1885 *(Man. amm.*, 1885, 191); es condenada por la Apel. de Parma, 3 Mayo 1872, *(Riv. amm.*, XXIII, 566). La Junta provincial está investida de jurisdicción para resolver los recursos que se interpongan contra las resoluciones del Ayuntamiento respecto al disfrute en especie por el apartado 1.° del número 1.° de la ley de 1.° de Mayo de 1890, recursos que antes no podían suscitarse sino como queja ante la superioridad (V. anteriormente núm. 74); permaneciendo íntegra la competencia judicial acerca de la aplicación de estas resoluciones, con lo cual podía violarse el derecho reconocido a los particula-

ticulares, poseerían un derecho procedente de un vínculo jurídico inmediato con los bienes, cuyo inmediato efecto sería la modificación o limitación de la propiedad del común o de la corporación; y si la corporación propietaria no lo respetara, ¿de qué relación jurídica provendría a esos particulares la potestad de oponerse al que le impida o turbe el disfrute?

Todas estas incongruencias y las deducciones inadmisibles que de ellas habrían de derivarse, respecto a una posible contradicción entre los fallos, de modo que unas veces fuera condenado y otras declarado legítimo un solo hecho (el de quien se opone a actos de disfrute que tienen el mismo título y la misma base jurídica), se evitarían reconociendo que el derecho de los partícipes está asegurado jurídicamente, frente a la corporación, como un derecho personal dependiente del vínculo que une a los individuos con la colectividad, y rechazando que tengan un derecho propio que ejercitar contra terceros.

El riesgo de que la negligencia o descuido de quienes legalmente tienen la tutela de la propiedad colectiva comunal perjudique los derechos individuales estrechamente unidos con aquélla, se evitará con la acción popular procuratoria a que da vida la ley de 1889 (artículo 114), para que todos los intereses comunes cuenten, en su defensa, con la cooperación de energías individuales más rápidas en reaccionar contra el agravio. Para el ejercicio de esta acción es necesaria la autorización de la Junta provincial; y si se ejercitara, el tribunal debe ordenar que comparezca la representaeión del Municipio, ya que el fallo surte efecto contra él. De una manera análoga pueden proceder los Estatutos de las demás colectividades mediante la organización de una representación supletoria por iniciativa de los usuarios individuales.

Cuando los Estatutos disponen la distribución periódica de los bienes corporativos y todos los partícipes tienen el derecho de concurrir y que les sea distribuída una porción para cultivarla libremente, por efecto de este reparto se constituye una relación muy semejante al usufructo temporal, y usufructo lo llaman, en efec-

---

res. De todo esto resulta *a fortiori* el reconocimiento de la tutela judicial cuando se trate de bienes colectivos en que el derecho de los individuos ha sido *formulado* de antemano independientemente de las resoluciones discrecionales de la Administración. También debe verse *infra* el núm. 82. Y PROUDHON, *Dom. de propriété*, núm. 934, reconoce también la tutela judicial para los particulares frente a la Administración municipal respecto al disfrute de los bienes.

to, algunos Estatutos. La mayor parte de las consideraciones hechas poco ha no se oponen a semejante figura, que nunca podrá ser un derecho real *sui generis*, sino un usufructo verdadero, aunque los Estatutos y los repartos introduzcan en él modificaciones, ya respecto a las condiciones de la cesión, ya de la fianza, etc.; pero nada de *«realidad» del derecho de los partícipes sobre los bienes de la colectividad;* lo que hay es una «realidad» en el derecho que adquieren temporalmente los diferentes partícipes sobre una porción de estos bienes, *mediante el negocio jurídico del reparto;* y sin embargo, no me opongo a que los Estatutos puedan dar al reparto este alcance (aunque la circunstancia nada más de que llamen usufructo al disfrute de los partícipes no basta), para reconocer las acciones posesorias a los mismos; son consecuencias del vínculo obligatorio con la colectividad y del negocio jurídico de la distribución, que coexisten con la atribución de un derecho real (1), las siguientes: que el partícipe no pueda librarse de las obligaciones inherentes al disfrute renunciando a éste, y que pueda pretender de la colectividad el aseguramiento del pacífico goce, y el auxilio para obras precisas a fin de que los bienes se hallen y mantengan en aptitud de este disfrute necesario (si no estableció obligación respecto a ello la ley de reparto). Más congruente con la naturaleza de la propiedad colectiva me parece, sin embargo, no desligar, aunque sea temporalmente, del derecho de la colectividad, el de los partícipes. Y ello, ante todo, por lo que respecta a las obligaciones que la comunidad pueda asumir en interés común, y de las cuales es lógico que responda con todo su patrimonio. El reconocimiento de un derecho real a favor de los individuos, sustrayendo así sus cuotas de disfrute a las acciones de los acreedores, conduce a excluirlos de contribuir al pago de las deudas y frustra parcialmente

(1) V. antes los nn. 11 y 17. El proyecto LACAVA sobre la propiedad comunal de las provincias meridionales *(Atti del Senato*, leg. 1892-1893, n. 77) da como un derecho real de usufructo el de los partícipes reunidos en un *ente cooperativo*, al cual pasa la propiedad de todas las cuotas; y como usufructo, de imposible cesión, era admitida la *transmisión hereditaria*, pasando las cuotas *indivisas* a los sucesores del primer cuotaparte. Pero según el propósito del Informe SALANDRA, en que estaba inspirado el proyecto, el ente cooperativo debía ser, no de vida perpetua, sino temporal; lo necesario para la realización de las transformaciones agrícolas de la finca dividida; es decir, que no quería organizarse una verdadera propiedad colectiva, sino preparar gradualmente el tránsito del régimen de confusión a la propiedad individual de los partícipes.

la responsabilidad de las corporaciones; pero hay que advertir, además, que así se acentúa aquel divorcio entre los intereses de los individuos y el interés de la colectividad, sugeridor de la irresistible tendencia a consolidar aquel disfrute individual en propiedad privada, que lleva fatalmente a la disolución de la colectividad, sin que para conservarla favorezca el oponer un obstáculo jurídico a su extinción; lo necesario es que surja la conciencia de una perfecta solidaridad de intereses en todos los partícipes (1).

78. El eje de la construcción esbozada en las páginas anteriores está *en la subordinación del derecho de propiedad al fin de la corporación que es su sujeto.* Al que ingresa en la corporación se le faculta, con mayor o menor amplitud, para fijar las formas en que los bienes han de servir a este destino, pero no para cambiar el destino mismo. Aun cuando este destino pueda reducirse a procurar utilidades a los miembros de la corporación, y coincida así con el interés individual de los partícipes, no se agota con la satisfacción en un determinado momento, de todos los interesados, sino que comprende también la satisfacción de los intereses de cuantos en lo porvenir puedan ser llamados al disfrute. Del destino o finalidad deriva el derecho de los partícipes actuales; los futuros no tienen verdadero derecho, aunque sí la posibilidad de adquirirlo, de la cual puede privárseles únicamente con el cambio de destino de los bienes que exige el concurso de la autoridad social. Y en esto precisamente está la diferencia radical entre *corporaciones* y *asociaciones voluntarias;* en éstas sólo existe interés individual, tutelado en cuanto existe un derecho individual; en las corporaciones, de la tutela asegurada socialmente al destino de los bienes, deriva la tutela de aquellos intereses que aún no han devenido un derecho. En las asociaciones voluntarias — y nada importa que para organizar su representación frente a terceros haya que revestirlas de personalidad jurídica en el amplio sentido que da a esta palabra nuestra legislación —, *no existe nada por encima de la voluntad de los asociados;* en las corporaciones *a todo supera el destino* que presidió a su nacimiento (2).

(1) Influído en esta preocupación está el proyecto citado de RINALDI que al investir de la propiedad a la *asociación agrícola* como un ente moral, prohibe que se haga reparto alguno por plazo mayor de diez años.

(2) Esta fundamental distinción olvidada por juristas afamados como GIORGI, quien en su voluminoso tratado *Dottrina delle persone giuridiche o corpi morali* (t. I, nn. 24-28-30 y *passim*), encuentra el mismo substrac-

De esto no se sigue necesariamente que sean en absoluto inalienables los bienes de las corporaciones y que su patrimonio se sustraiga a la acción de los acreedores. El que la corporación sea un ente perdurable no impone que sea irresponsable también, como no es irresponsable la fundación por las obligaciones contraídas legalmente por sus administradores con sujeción a su fin, ni por aquellas otras que, sin voluntad de los mismos, procedan de una actividad desplegada en interés de aquélla y que haya inferido a terceros algún daño, aun cuando ello, en definitiva, pueda acarrear la pérdida total o parcial de los bienes de la entidad y, por consiguiente, la anulación de sus fines. La prohibición de enajenar es un medio primitivo y antieconómico de asegurar los bienes a un destino, y se explica, ya que no se justifique, tratándose de vínculos transitorios; como se explica, si no se justifica, cuando la naturaleza de los fines imponga la necesidad de otorgar unas facultades de administración casi ilimitadas, sin responsabilidad y sin intervención, como sucedía en el fideicomiso familiar; pero no puede convertirse en condición de existencia de los entes colectivos que les impida acudir al crédito y los condene así a un estado de inferioridad permanente.

Admitiendo esta construcción, desaparece la pretendida incongruencia del régimen de comunidades y de participaciones con los principios del Derecho vigente. Si las hubiéramos de considerar como asociaciones de propietarios particulares, desobedeceríamos abiertamente la prohibición de la comunidad forzosa, de la sustitución fideicomisaria y del usufructo sucesivo. Y nos pondríamos en contradicción con el principio de igualdad de los sexos en las sucesiones, y con el precepto de que los herederos tienen derecho a una parte de los bienes en especie. Pero si las reputamos corporaciones

---

to real en la personalidad de la sociedad comercial y de las corporaciones, la percibió muy bien CHIMIRRI en la discusión del proyecto sobre el régimen de la propiedad colectiva (*Atti della Camera*, Sesión de 14 de Marzo de 1894), que defendió y logró que se aceptara una enmienda, según la cual las comunidades y las asociaciones de usuarios *no se reconocen como cuerpos morales, sino como personas jurídicas*. El alcance de esta enmienda, aunque no resulte explícitamente, sino que se induzca de su breve preámbulo, debiera ser considerar a los usuarios, comuneros y partícipes como propietarios particulares asociados, y con ello llegar a un resultado diametralmente opuesto a lo que perseguían los iniciadores de la ley; no creo que aquel cambio ambiguo de denominación produzca estos efectos, y si el Senado lo aprueba, originará al aplicar la ley muchísimas dudas.

que tienen existencia y patrimonio, no sólo *distintos*, como en la asociación, sino *por encima* e *independientes* de la existencia y del patrimonio de sus miembros, a la corporación corresponderá perpetuamente la propiedad, y no habrá comunidad de bienes ni habrá sucesión regulada privadamente que se aparte del orden establecido en la ley. Si el derecho a participar tiene valor de derecho perpetuo, será transmitido por sucesión con arreglo a la voluntad del causante o con arreglo a la ley; y no quedarán alteradas las relaciones sucesorias por prescripciones estatutarias que, o bien lo estimen como un derecho indivisible, o bien requieran para su adquisición el concurso de requisitos especiales, vengan con ello a fijar la adquisición en favor de uno de los sucesores, pues todo se reduciría entonces a que se admitiera un derecho de compensación a favor de los demás individuos llamados a la herencia. Si, en cambio, el Estatuto hace directamente al llamamiento de uno u otro entre los descendientes del partícipe, recibirá éste el derecho a título originario, lo cual presupone su extinción con la extinción de la vida del beneficiario (1). A la autoridad judicial compete comprobar si hay destino permanente de los bienes que impidan su apropiación por los partícipes; el deber de la ley es evitarla, respetando los derechos adquiridos por éstos cuando aquélla aparezca contraria al interés público. Si hay alguna garantía contra el arbitrio legislativo, inspirada por la parcial representación del interés público, se halla en la actuación de estos derechos y en la red de intereses individuales, ciertos y concretos, que se enlazan con la existencia de la propiedad colectiva, y mediante los cuales difiere profundamente su constitución de la de la propiedad privada corporativa (2).

---

(1) V. *supra*, núm. 75.

(2) Esta teoría que desenvolvemos es opuesta a las construcciones de autorizados tratadistas germanos, que en la propiedad colectiva *(Gesamteigentum)* ven el conjunto de derechos que a los individuos en particular corresponden sobre la cosa misma, relacionados entre sí, pero *sin que esta situación origine la constitución de una personalidad autónoma;* derechos que se limitan recíprocamente e independientes del derecho complexivo de la relación que resulta con la suma de ellos. En tal sentido pueden citarse principalmente: BESELER, *Deustch. Privatrecht*, § 83, II, § 84; GIERKE, *d. deutsch. Genossenschaftsr.*, t. II, ps. 170 y siguientes; BLUNTSCHLI, *Deutsch. Privatr.*, § 58. BESELER mismo, por lo demás, no halla en la *Gesamteigentum* un concepto sintético fecundo para extraer de él deducciones; para GIERKE, que así como BLUNTSCHLI, quiere aplicarlo precisamente a la comunidad municipal *(Allmende)*, el

79. Hemos visto cómo la función de la propiedad pública puede realizarla parcialmente un derecho de uso público sobre bienes de propiedad privada, que en este caso se encuentran en doble sujeción, ya que al Estado o al Municipio se atribuye la potestad de exigir del propietario privado el parcial destino de los bienes adscritos al uso común. Pues bien; de una manera semejante, y también parcialmente, puede cumplirse la función de la propiedad colectiva mediante la constitución de un *derecho de uso colectivo* sobre bienes de propiedad particular; en este caso, y merced al poder atribuído al ente colectivo, se asegura en beneficio de las personas que constituyen la colectividad una parte de las utilidades que son susceptibles de dar los bienes. Pero sea cualquiera el juicio que tengamos sobre la propiedad colectiva como forma jurídica de distribuir la utilidad de los bienes, unánimemente es condenado el uso colectivo, el cual plantea un constante e inútil conflicto entre los intereses del propietario privado y los de la colectividad, y coloca en pugna, con perjuicio de los mismos bienes que así no rinden sino el mínimo producto, las tendencias opuestas de los dos sistemas de cultivo: uno, que propende a aumentar la utilidad reservada al propietario, y otro, que a su vez tiende a acrecentar los bene-

---

derecho colectivo es un derecho de la colectividad, juntamente con un derecho de los comuneros; no es propiedad de un ente moral ni copropiedad, aunque lleve en sí el germen de las dos instituciones. STOBBE *(Deutsch. Privatr.*, § 82, nota 26) menciona, entre los fautores de la misma teoría, a HEUSLER, en la *Zeitschr. f. schweizer. R.*, t. X, ps. 103 y siguientes, a quien sólo conozco por la exposición, imperfecta evidentemente, que hace de su doctrina LAVELEYE, *De la prop. et de ses formes primit.*, c. VIII; me parece, sin embargo, que acentúa demasiado el carácter perpetuo del *Allmende*. STOBBE mismo *(op. cit.*, § 82 *d.)* renueva, aunque prescindiendo formalmente, no sustancialmente, de la intrínseca contradicción que implica, la vieja teoría del *condominium in solidum*, o *pro indiviso*, o *juris germanici* (seguida también por ZACHARIÆ, *Dr. civ. fr.*, § 197), que reconocía una copropiedad en la que todos los participantes eran propietarios de la totalidad de la cosa, aun cuando el ejercicio del derecho de cada uno quedase limitado por la coexistencia del derecho de sus coasociados; STOBBE, en cambio, reconoce una relación de copropiedad sin división *actual* de partes. Inadecuada al fenómeno económico de la propiedad colectiva, es también la construcción que ve la propiedad correspondiente a una persona moral y es limitada, como podría estarlo la propiedad privada, por los derechos reales de los individuos que integran la corporación; BESELER *(loc. cit.*, § 84) también opina así cuando los derechos singulares no son lo que prepondera, y lo mismo hace WINDSCHEID *(Pandekt.*, § 58), que en otros casos ve una relación de copropiedad modificada contractualmente (§ 169, *a*, not. 8 *a*, 8 *b*.)

ficios concedidos a los usuarios. La necesidad de concluir con la promiscuidad y de acabar con estos conflictos, hubo de originar una serie de resoluciones legislativas inclinadas durante mucho tiempo, por el predominio de los intereses de los propietarios y por la hostilidad doctrinal contra las formas de disfrute colectivo, a malbaratar el derecho de los usuarios y los intereses inmanentes de la población llamada al disfrute.

Esta perjudicial promiscuidad del uso colectivo con la propiedad privada, no volverá jamás dentro del vigente Derecho. No puede constituírse un derecho colectivo ni un derecho de uso público, si no es en aquella forma del uso colectivo que reviste en su ejercicio el carácter de una verdadera y propia servidumbre predial. Puede, sí, crearse en beneficio de un fundo, perteneciente en propiedad colectiva a una *universitas*, una servidumbre sobre otro fundo, de la que disfrutarán los miembros de ella como podría disfrutar de la misma un propietario privado: como un aumento de utilidad del fundo dominante; pero no puede crearse sobre un fundo de propiedad particular, y en beneficio de los individuos de una *universitas*; de igual suerte que no puede constituírse un derecho a favor de un particular, cuando a utilidad de ese derecho no dependa del disfrute del fundo propiedad suya. Esta afirmación la prueban los razonamientos expuestos para rechazar la admisión del uso público, y antes, y más generalmente, la admisibilidad de toda modificación de la propiedad no reconocida ni regulada por el legislador. Y nada importa en contra lo que pueda inducirse de la deliberación habida en la Comisión de Corrección de Estilo, al discutirse el Código, y que hube de recordar en el número 53; en el proyecto senatorial había dos artículos después del 631, que se convirtió en el actual 616; el artículo 632, a que me he referido al hablar de los usos personales irregulares, y el artículo 633, que decía así: «También puede establecerse el derecho de paso, así como el de tomar agua o hacerla discurrir por un fundo en favor de un municipio, una aldea o un barrio». Pisanelli propuso la supresión de los artículos 632 y 633 del proyecto, porque en los supuestos que encerraban no se daba el requisito esencial de toda servidumbre predial, es decir, la utilidad del fundo dominante. De Foresta se allanaba a la supresión del artículo 632; pero, en cambio, defendía el 633, argumentando que en él se trataba de una verdadera servidumbre predial. Y, aun cuando compartían este juicio, otros vocales de la Comisión opinaban que el concepto expresado en aquel artículo se contenía ya en los principios generales reguladores de la materia de

servidumbres prediales, y aconsejaban la supresión, como así hubo de acordarse con esta reserva. Opinasen como quisieran los vocales acerca de la posibilidad de encuadrar los derechos enumerados en el artículo 633 del proyecto dentro de los principios generales sobre constitución de servidumbres, lo cierto es que a estos principios se les reconoció pleno y absoluto imperio como resumen de la discusión, y las reservas que puedan estar consignadas en las Actas no autorizan al intérprete para ampliar su aplicación a casos en que no concurren aquellos requisitos a que está subordinado el reconocimiento de la servidumbre. Pero, así como no puede admitirse el carácter de servidumbre predial en las formas variables del uso colectivo, por el solo hecho de estar constituído en beneficio de un grupo de población; así, es necesario también reconocer que existen estos caracteres en dos, a lo menos, de los tres casos enumerados en el artículo 633: el paso por un fundo privado a favor de un municipio, aldea o barrio, es una servidumbre en que el fundo dominante lo representa el camino comunal o vecinal de que es propietaria la *universitas;* es una servidumbre para utilidad de un fundo el derecho de hacer discurrir el agua. Nos resta el derecho de toma de agua, que, cuando no se establece con relación a un determinado fundo, sino respecto de un poblado (que, como tal, no tenga la propiedad colectiva de los predios que ocupe), no puede ser considerado como servidumbre predial, como no lo fueron los demás usos colectivos, y, por lo tanto, en el Derecho vigente tampoco puede reconocerse la constitución voluntaria de aquel derecho de toma de agua.

Y no modifica esta conclusión lo dispuesto en el 542, que dice: «El propietario del manantial no puede desviar la corriente cuando sirva ésta a suministrar el agua que necesitan los habitantes de un ayuntamiento o de una parte de él; pero si éstos no adquirieron el uso, o no lo prescribieron, debe indemnizarse al propietario.» El artículo 542 no impone al propietario del manantial la servidumbre afirmativa de tolerar la toma de agua o abrevadero en su fundo, por parte de los habitantes del municipio o de una parte de él, sino la servidumbre negativa de no desviar la corriente del agua que allí brota y que sirve a las necesidades de los habitantes de un municipio o fracción de él (1). E interpretando y comparando con esta primera la segunda parte del artículo, hay que reconocer que pre-

(1) PACIFICI-MAZZONI, *Servitù legali,* n. 104; véanse los autores también citados allí.

supone la posibilidad de la adquisición voluntaria, únicamente en aquella forma de uso cuya imposición forzosa autoriza: el derecho a llevar el agua de manantial hasta la fuente o abrevadero público; por consiguiente, un derecho para la utilidad de un fundo comunal, un derecho que encierra todos los caracteres de una verdadera servidumbre predial. Y tan es así, que están colocados en un mismo plano la adquisición del uso y la prescripción del mismo. Si se tratara de un derecho de toma de agua y el legislador excepcionalmente hubiese reconocido que podía constituírse, en las condiciones y con los efectos de las servidumbres prediales, en beneficio de un agregado de población e independientemente de la utilidad de un fundo, lo hubiera sujetado a los preceptos que rigen para la constitución de las demás servidumbres prediales, y el carácter de servidumbre discontinua, clarísimo en el *aquæ haustus*, impediría adquirirla por prescripción. En una palabra; que así como los habitantes de un municipio, o de una parte de él, pueden imponer al propietario que no desvíe la corriente de manantial, a condición de indemnizarlo, así pueden igualmente adquirir el derecho de llevarla a un lugar público o que les pertenezca en propiedad colectiva, bien mediante título, bien por prescripción; pero subordinada ésta a los requisitos que determina el artículo 541. Los que arbitrariamente amplían las limitaciones de la propiedad estatuídas en el artículo 542, tropiezan con la presupuesta adquisición «por prescripción», ya que no puede ser susceptible de ella este hipotético uso público o colectivo; pero esquivan el obstáculo, retorciendo el texto de la ley e interpretándolo como si no se tratara de adquirir el uso por usucapión, sino de extinguir por prescripción el derecho del propietario a ser indemnizado (1). Los habitantes no pueden pretender un derecho de toma de agua, ni este derecho puede adquirirse como derecho real por la voluntad del propietario; si

(1) Esta interpretación domina en la doctrina francesa y la siguen incluso quienes limitan, acertadamente, la servidumbre del artículo 643 (que corresponde a nuestro 542) a la obligación de no desviar la corriente de agua del manantial. La razón que dan es que no ha lugar a prescribir lo que reconoce directamente la ley; v. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.* n. 108. Pero, como dice HUC *(Comm. du c. civ.*, t. IV, n. 274), esta razón misma podría darse para excluir la posibilidad de adquirirlo mediante título. Ninguna contradicción hay en reconocer adquirible por prescripción la servidumbre de conducir el agua sin indemnizar, toda vez que la ley consiente esta servidumbre cuando se pacta indemnización en favor del propietario. Aparte de la extensión de la servidumbre, que se combate en el texto, la consecuencia práctica de la construcción

éste lo otorga a quien no sea propietario de un determinado fundo, el acto no tiene más valor que el de una mera obligación personal.

80. Es asimismo cierto y así resulta también de las razones aducidas con motivo de los usos públicos, que los colectivos creados al amparo del Derecho anterior tienen la consideración de derechos adquiridos siempre que no sean incompatibles con los principios consagrados en las nuevas leyes. Esto lo confirman las disposiciones de las leyes de 1.º de Noviembre de 1875 y 20 de Junio de 1877, que prohiben expresamente la constitución de todo derecho de uso que rebase lo previsto acerca del derecho de uso individual en los artículos 521 y siguientes del Código civil; la primera de las leyes citadas, relativa a los montes públicos inalienables, y la segunda, relativa a los montes sujetos a la vigilancia de la Administración forestal, presuponen la conservación de los constituídos anteriormente y tratan de liberar de esa carga a los de propiedad del Estado y de los particulares. Presuponen igualmente la persistencia de los usos colectivos todas aquellas disposiciones legales dirigidas a abolirlos o transformarlos. Por último, se respetan con la naturaleza y extensión que tenían en el Derecho anterior, cuando no hayan sido suprimidos o transformados en las disposiciones a ello encaminadas. Más aún: subsisten con mayor importancia territorial de la conservada por los tipos puros de propiedad colectiva. Generalmente, son una derivación de ésta, originada en parte cuando hubieron de fijarse de una manera estable los grupos familiares, que primeramente practicaron juntos el pastoreo y la agricultura; probablemente, supervivencia en muchos de los pequeños centros cuyas condiciones naturales les separaban del desarrollo progresivo del cultivo e impedían su absorción en los latifundios privados; aplicada en limitadas proporciones a colonias formadas en territorios conquistados (1) y en los últimos tiempos del Imperio

doctrinal francesa es el reconocimiento de la prescripción, aun cuando no existan en el fundo en que brote el agua las obras permanentes que requiere el artículo 541 (art. 642 del Cód. francés). PROUDHON, *Tr. du dom. publ.*, t. IV, (n. 1.289) dice que estas obras son necesarias también para la prescripción del artículo 542. HUC, en contradicción con la premisa de admitir la prescripción adquisitiva, se suma a la opinión general de que también procede, aunque no haya obras permanentes.

(1) SICULI FLACCI, *De conditionib. agror.*, p. 157 de la edición de los *Gromatici veteres*, de LACHMANN; HYGINI, *De limit. constituend.*, *eod.*, páginas 198, 201-202 y las fig. 187, 194, 195; cfr. *supra*, nota 1 a p. 162.

de Occidente, extendida por un proceso regresivo, cuando frente a las insoportables exigencias del Fisco, los terratenientes particulares fueron impulsados a abandonar el cultivo y a sustituirlo en muchos sitios, como principal industria, con el pastoreo; ello originó en la época bizantina el reconocimiento legal de la propiedad en favor de asociaciones locales (1). En algunos casos, el derecho de uso colectivo representa el equivalente que se reservaba la comunidad propietaria en el momento de sumisión voluntaria de su persona y bienes al dominio de los poderosos (2). En otros, la potestad del soberano los reservó a la comunidad propietaria cuando se constituía un feudo en que el señor disfrutaba de una participación en el dominio, además del derecho de jurisdicción. El que tengan su origen en la propiedad colectiva no excluye que los usos cívicos estén fundados en un privilegio que frecuentemente no es sino el reconocimiento y confirmación de un derecho preexistente (3), aun cuando algunas veces sea el privilegio el título originario de adquisición del uso cívico y haya sido concedido, no como confirmación del derecho reservado a los antiguos propietarios, y como medio de conservarles en las que fueron sus tierras propias, sino como medio de atraer habitantes y trabajadores. Tampoco se excluye aquella relación de origen cuando el derecho preexistente de la comunidad ha sido reconocido y confirmado, no por privilegio soberano, sino por concesión del mismo señor feudal (4).

---

(1) WINSPEARE, *Storia degli abusi feudali*, c. I, not. 180-181; GAUDENZI, *Della proprietà in Italia nei primi secoli del medio evo*, ps. 18-20, 30, 31. Se admitía también el reparto de estos bienes entre los comuneros, aunque su condición jurídica no fuese la de copropiedad; así resulta del hecho de que no se tuviera como definitiva la adquisición en propiedad privada de los lotes ([illegible]) hasta que transcurriesen treinta años del reparto, y podía exigirse que, vueltos los bienes a la comunidad, se hiciera una nueva división. V. ZACHARIÆ V. LINGENTHAL, *Gesch. d. griechisch-römisch. R.*, § 60, n. 834.

(2) A esta voluntaria transmisión del dominio por parte de la comunidad propietaria alude el pasaje célebre de DE LUCA, *Theatr.*, l. IV, *de servit.*, d. 42, n. 3: *omnia erant communia et penes populum, qui postmodum ejus jure in principem seu dominum transtulit tamquam in reipublicæ administratorem seu maritum.* VALENTI (*Il rimboschimento e la proprietà collettiva*, c. IX) recuerda actos de sumisión y de cesión de pueblos pequeños a otros mayores con implícita reserva del derecho de uso: V. *Atti dell'inch. agr.*, v. XI, t. II, ps. 808-809.

(3) SCHUPFER (*Apricena, Studi sugli usi civici*, n. 9) nos recuerda cómo solía pedirse al soberano confirmación y corroboración por los mismos poseedores particulares. V. del mismo autor, *Allodio*, n. 24 (en el *Dig. ital.*)

(4) TODDE, *Ademprivio* (en la *Encicl. giurid.*), n. 24.

Pero en todos estos casos debemos tener presente que, si la preexistencia de la propiedad colectiva ha contribuído a determinar la reserva del uso colectivo, no es que haya constituído el inmediato fundamento jurídico de este uso; allí donde la propiedad de la colectividad estaba perfectamente reconocida y tutelada, al concesionario de ella en feudo que abarcara esos bienes no se le invistió de un derecho dominical sobre ellos, sino únicamente de aquel derecho de jurisdicción que aun en la propiedad privada poseía (1). Menos íntimo es aún el vínculo de derivación jurídica entre propiedad colectiva y uso colectivo cuando éste no está reservado como derecho de participación en el dominio, sino que está contenido *en los límites de la satisfacción de las necesidades de la población usuaria* (2).

Por lo demás, no necesitamos remontarnos a estos diversos títulos (reserva voluntaria, concesión señorial, privilegio del soberano), para poder dilucidar si un derecho de uso colectivo fué adquirido legítimamente en el régimen legal anterior. En todo caso, y se-

(1) Y además, un derecho de uso igual al de los ciudadanos *individuales*, como *primus civis*, v. DE LUCA, *Th.*, l. IV, *de serv.*, d. 36, nn. 2-3; ROVITI, *Consilia*, l. III, c. 46; CAPIBLANCUS, *De jure baronum*, pragm. XII, nn. 25-30.

(2) Para justificar el respeto a los derechos de un pueblo se invocan y exaltan las teorías de la jurisprudencia napolitana, que declaraba derecho natural innato de la población el de obtener los medios de subsistencia de las tierras que ésta ocupaba. V. en la colección de pragmáticas sardas citadas por TODDE, *loc. cit.*, n. 28, los pasajes de ANDREA D'ISERNIA, de MARINO CARAMANICO, de D'ANDREA y de ROVITI citados por LOMBARDI, *Degli usi civici nelle prov. napol.*, c. V. Cfr. las notas (de F. VICO?) No se advierte que hay una trasposición histórica evidente en estas teorías; el derecho de uso limitado a las necesidades de los habitantes se constituye con este contenido como correlativo al deber de los señores feudales de proveer al mantenimiento de los súbditos, a fin de cumplir los fines del derecho de regalía jurisdiccional delegado en ellos. (Cfr. RINALDI, *Dei primi feudi nella Italia merid.*, c. VI.) Lo que precedió y preexistía al derecho dominical de los barones no podía ser un derecho limitado por las necesidades de la vida, porque no puede concebirse éste sino en concurrencia con un derecho real preponderante; era un derecho de propiedad. Por consiguiente, el establecimiento de los usos cívicos esenciales implica la consagración de las usurpaciones contra la propiedad comunal. Pero más vale no enjuiciar la Historia; el reivindicar las usurpaciones que han originado la propiedad de la tierra no nos llevaría a otra cosa que a sancionar la usurpación más antigua; nos llevaría, como dice SPENCER *(Justice*, ap. B), a restituir todo el suelo de la Gran Bretaña a los galeses y a los montañeses de Escocia, quienes a su vez no podrían evadirse de una restitución análoga sino alegando que habían exterminado a los aborígenes después de confiscarles sus tierras, y de esta suerte, legitimado sus títulos de propiedad. Bastará probar

gún la antigua jurisprudencia, la prescripción inmemorial suplía la falta de título (1) y, por consiguiente, es indudable que estaban legítimamente adquiridos a la promulgación de la nueva ley si transcurrió antes el tiempo necesario para prescribir (2). En cambio, algunos escritores proponían, aunque lo rechazaba la jurisprudencia dominante, que una población pudiera por prescripción ordinaria adquirir el uso personal de pastos a diferencia de lo que ocurre con esta clase de servidumbre predial (3).

Pero aparte de que la investidura feudal se entendía hecha siempre con la reserva de los usos necesarios para la subsistencia de la población, la adquisición del derecho de uso limitado a la satisfacción de las necesidades de los usuarios (derecho de uso esencial), era una consecuencia inmediata de la investidura, y para probar que estaban adquiridos cuando se promulgaron las leyes abolicionistas, no hay necesidad de demostrar que hubiesen tenido un tiempo más o menos prolongado de ejercicio (4).

---

que con arreglo a la legislación anterior estaban legítimamente constituídos en cierto modo los derechos de uso colectivo, para que suprimiéndolos no aumentemos gratuitamente los derechos de los propietarios particulares que dichos usos modifican y restringen. En Francia, PROUDHON (*Droits d'usage*, números 793 y ss. y 987 y ss.), sostiene también que los Municipios poseen desde su formación y sin haberlos obtenido con concesiones feudales los bienes cuya propiedad conservan, así como también tenían originariamente propiedad sobre aquellos otros de los cuales sólo conservan los derechos de uso porque les fué usurpada aquella propiedad.

(1) WINDSCHEID, *Pandekt.*, § 113; cfr. DE LUCA, *op. cit.*, d. 31, n. 18; OTERO, *De pascuis*, c. XVIII, 26-27; RENDELLA, *De pascuis*, p. III, c. I; ROVITI, *Consilia*, l. II, c. VII; CAPIBLANCUS, *De jure baron.*, pragm. 1, n. 159, etc.

(2) T. de Cas. de Nápoles, 7 Noviembre 1887, *Diritto e giur.*, IV, 17; Apel. Casale, 31 Junio 1889, *Legge*, 1889, 2, 704.

(3) DE LUCA, *op. cit.*, d. 35, nn. 19-20; BONDENO, en las notas a OTERO, *De pascuis*, c. XVIII, n. 2.

(4) ROVITI, *Consilia*, *loc. cit.*, c. 30; DE LUCA, *op. cit.*, d. 42, 2; LOMBARDI, *op. cit.*, c. V y VI. Por otra parte, si el territorio estaba despoblado cuando fué concedido el feudo, falta el sujeto en cuyo beneficio pueda considerarse constituído el derecho de uso al propio tiempo que aquella concesión, y las comunidades nacidas allí en época posterior no pueden pretenderlo si no se apoyan en un título expreso de concesión del uso, o en el hecho de haberlo ejercitado desde tiempo inmemorial (Cas. Nápoles, 10 de Mayo de 1890, *Gazz. proc.*, XXIV, 207); otro fallo de igual fecha en *Diritto e giurisp.*, VI, 78; Apel. Nápoles, 23 Diciembre 1890, *Foro*, 1890, 1, 735. Aparte de este caso, por regla general, se induce la existencia de los usos cívicos de la existencia de pro-

De todas suertes, el derecho de uso colectivo, que va unido directa o indirectamente a la propiedad originaria de la colectividad, no es una simple *limitación* de la propiedad privada, sino una participación en el dominio, y por eso no se extingue aunque deje de ejercitarse durante mucho tiempo (1). Es verdaderamente una *minoración* del derecho absoluto de propiedad; y al extinguirse, el propietario no se libera de una carga, sino que adquiere un derecho nuevo; en tanto que la prescripción extintiva de la servidumbre es una consecuencia inmediata del desuso y con ella readquiere el propietario la integridad de su derecho sin realizar acto alguno positivo (2), la prescripción extintiva del derecho de uso colectivo no se da sino a consecuencia de usucapir el propietario las facultades que contiene aquél (3).

---

piedad de origen feudal (Apel. Roma, 27 Agosto 1891, *Temi Rom.* 1891; 10 de Julio de 1893, *Foro*, 1893, 1, 1337). La afirmación inversa, acogida en algunas resoluciones, no es cierta (Apel. Catanzaro, 23 de Abril de 1889, *Gravina*, 1889, 354; Cas. Roma, 20 de Julio de 1890, *C. S. Roma*, 1890, 419) porque también podían constituírse usos cívicos sobre bienes alodiales; pero no podían adquirirse sobre ellos con la prescripción ordinaria (Cas. Nápoles, 22 Enero 1884, *Legge* 1884, 2, 120), sino sólo en virtud de una reserva de derecho, de una expresa concesión o por prescripción inmemorial. Las facultades judiciales que tienen los Prefectos (gobernadores civiles) para reivindicar los derechos cívicos contra la usurpación de los bienes comunales y cerramiento ilegítimo de los bienes feudales, han hecho suscitar frecuentemente la pretensión de que esta competencia se amplíe al reconocimiento de la existencia de la propiedad o del derecho cívico, o, como dicen las leyes napolitanas, la *demanialitá* del fundo; pero hay una serie de resoluciones opuestas en que se declara que sólo a la autoridad judicial compete resolver sobre la existencia o no de aquélla. (Consejo de Estado, 9 Enero 1875, *Riv. ammin.*, XXVI, 241; Cas. Nápoles, 22 Abril 1871, *ibid.*, XXII, 804; 17 Febrero 1872, *ibid.*, XXIII, 686; 20 Julio 1872, *ibid.*, XXIV, 364; 20 Junio 1879, *Legge*, 1879, 2, 354; Cas. Roma, 28 Abril 1881, *ibid.*, 1881, 1, 759; 5 Enero 1882, *Giur. it.*, 1882, l. 3, 94; 16 Febrero 1891, *Giust. ammin.*, 1891, 3, 49; 7 Abril 1893, *Foro*, 1893, 1, 521 y 14 Diciembre 1893, *ibid.*, 1894, 1, 68). La resolución dictada por el Prefecto en juicio que no tiene el carácter de los ordinarios de posesión, está circunscrita a declarar provisionalmente cuál sea, al parecer, el estado de derecho que de los hechos resulta.

(1) V., además, la nota 3 de esta página.

(2) Sin embargo, v. *supra*, n.° 45 *i. f.* (págs. 93 y 94).

(3) No perjudica los derechos dominicales el simple desuso (Apel. Roma, 6 de Marzo de 1890, *Temi Rom.*, 1890, 501). Y, por consiguiente, el hecho de que no haya sido ejercido desde tiempo inmemorial, no puede prevalecer para negar el uso cívico (Cas. Nápoles, 29 de Abril 1887, *Gazz. proc.*, XXII, 557), y sólo en este sentido puede hablarse de la imprescriptibilidad del derecho de

En las provincias del Mediodía, y a virtud de los principios sancionados en la pragmática XI *de baronibus* (1), que prohibía a los señores feudales acotar o cercar, aun en las tierras infeudadas, sin consentimiento de los vasallos y permiso real, hay que excluir que por este procedimiento pudieran usurparse los usos esenciales en daño de los municipios, y que los terrenos no repartidos definitivamente en libre propiedad después de la distribución administrativa, quedasen expuestos a la reivindicación de usos colectivos, a semejanza de la reivindicación de la propiedad colectiva. Pero ello sólo respecto a los usos esenciales; los que excediesen de éstos, como quiera que no podían adquirirse sino mediante título expreso o por prescripción inmemorial, tampoco podían conservarse si su posesión exclusiva era usurpada por el tiempo necesario para prescribir contra los propietarios particulares.

Otra consecuencia puede sacarse del carácter de participación en el dominio que tienen los usos colectivos: el fundamento de la acción con que pretende excluírseles no reside en el derecho mismo de propiedad, y por ello el propietario no demuestra la exclusión pretendida probando su derecho de dominio, ni puede exigir la del derecho de los que lo ejercitan (como no lo puede realizar frente al que posee una parte de la cosa a título de dueño o de enfiteuta); sino que debe ser él mismo quien pruebe que carecen de derecho para ejercitarlo (2). La prueba de la propiedad originaria feudal comprende también la de la existencia de un derecho cívico a los usos esenciales; pero igualmente de los usos que rebasan los esenciales corresponde al propietario probar, contra su poseedor legítimo, que éste carece de derecho a ello (3).

---

uso cívico; no hay principio alguno que se oponga a que el propietario avoque a sí la utilidad toda, usucapiendo la libertad del fundo; v. además el pár. siguiente del texto. Cfr. también más adelante el n.° 89.

(1) Mantenidos en vigor en la legislación actual. V. *supra*, n.° 73. Cfr. también el dictamen senatorial (INGHILLERI) acerca del proyecto LACAVA, respecto a la propiedad pública del Mediodía *(Atti del Senato*, Legislatura 1892-93, n. 77 A).

(2) Por otra parte, se discute asimismo si basta la prueba de la propiedad para ejercitar también la *actio negatoria servitutis*, contra el cuasiposeedor de la servidumbre, o si se requiere también la prueba de la falta de título del poseedor; v. VANGEROW, *Pand.*, § 353, n. 2; WINDSCHEID, *Pand.*, § 198, números 14-16; PACIFICI-MAZZONI, *Servitù prediali*, n. 216.

(3) No por esto puede exigirse una prueba negativa indefinida al propietario actor; ha de probar que es mera tolerancia suya el uso existente, es decir,

81. El contenido del derecho de uso colectivo puede fijarse en relación a los variados fines económicos que mediante los predios, y según sus diversas condiciones naturales o de cultivo, es dable obtener; o bien puede asimismo ser fijado en relación al fin general de procurar satisfacción a las necesidades actuales de aquellas poblaciones a quienes está concedido (1).

Fundándose en la determinación específica, se originan tantas formas del derecho de uso cuantas son las utilidades que pueden obtenerse de los fundos (2); con arreglo a la determinación genérica, existe el derecho designado absolutamente como derecho a los usos cívicos, o para distinguirlo de los más extensos, *derecho a los usos cívicos esenciales,* y comprende tan sólo algunas de las facultades que pueden concederse sin guardar relación con las necesidades de los usuarios. Pero la limitación de las necesidades de los usuarios también puede subordinársela específicamente, es decir, que pueden concederse facultades singulares de disfrute limitadas a la mera satisfacción de necesidades (3).

---

que no son *derechos de uso,* sino *usos facultativos* (v. más adelante núm. 83), y con este principio se justifican las resoluciones que declaran que la promiscuidad, o sea la coexistencia de los derechos cívicos con la propiedad privada, se prueba con la posesión legítima de los usos (Cas. de Roma, 11 Julio 1877, *Legge,* 1878, 2, 45; 12 Diciembre 1877, *Giur. it.,* XXX, 1, 137; v. más adelante núm. 89.

(1) Cons. acerca de esta distinción el núm. 37.

(2) Y por ello la prueba de la existencia de algunos derechos no fundamenta la presunción de la existencia de otros. (Apel. Roma, 27 Agosto 1891, *Temi Rom.,* 1891, 514.)

(3) El derecho de uso corresponde de todas maneras a la colectividad, no a los usuarios singulares (V. el número siguiente); y hay que acomodarlo a las necesidades de cuantos entren a constituir la colectividad, aun cuando aumente su número después de la constitución de aquél; V. VOET, *Ad pandectas,* l. VII, tít. VIII, n. 2. Consúltese en este sentido PROUDHON, *Droits d'usage,* nn. 134 y siguientes, que excluye la ampliación del derecho cuando este aumento no obedece a un desarrollo natural de la colectividad, sino a circunstancias externas: distinción arbitraria; lo único que hay que ver es si la corporación que ostenta el derecho es la misma en favor de la que se constituyó. Para MERLIN *(Rép.,* v. *Usage,* s. II. § 5, III), no hay un derecho de uso colectivo, sino derechos particulares de uso constituídos como servidumbres prediales en beneficio de casas o predios radicantes en el territorio comunal; niega, por consiguiente, de un modo absoluto que el aumento variable de la colectividad produzca alteración en la amplitud de estos derechos; opinión contraria a las más firmes inducciones que pueden extraerse de la historia de la

Las formas principales del derecho de uso colectivo son el derecho de pastos, el de leñas y el de siembra. El primero se constituye o bien sobre montes, terrenos baldíos, barbechos, o puede estar impuesto sobre prados después de los cortes o en las rastrojeras después de la siega, que se aproximan al contenido del uso facultativo de pastos, hasta confundirse con él cuando está limitado a esta última forma de disfrute (1). El derecho de pastos en montes y baldíos ordinariamente comprende los de aguada y majadeo, o sea de toma de agua, abrevar los animales, y construir refugios para recogerse los pastores y el ganado (2). Las limitaciones del derecho de pastos pueden consistir únicamente en aquellas originadas por las exigencias del disfrute promiscuo (público y privado), limitaciones aplicadas muy variamente y mediante las que unas veces pueden pastar sólo los animales de cierta especie, otras, únicamente los de propiedad de los usuarios, y otras, los animales anejos al arrendamiento rústico; pueden también ser aquellas genéri-

---

constitución de los derechos de uso y de las relaciones que tienen con la propiedad colectiva; está contradicha por la antigua y la nueva jurisprudencia, y por la consideración que han merecido a leyes, tanto favorables como adversas. Véase más atrás, n. 76, lo dicho acerca de la apreciación de las necesidades personales y de la capacidad, también personal, de goce como criterio para fijar la extensión del disfrute de los individuos (y, por consiguiente, mediante esta determinación, el derecho de uso colectivo que es su fuente), y sobre las interpretaciones varias de estas palabras, así como sobre la ampliación de la capacidad personal de disfrute y aun de la capacidad de disfrutar indirectamente, y las desigualdades que se ocasionan entre los partícipes.

(1) Pero se distingue perfectamente por el fundamento jurídico y por la tutela que puede invocar; v. más adelante, n. 83. El derecho de pastos en los montes lo llaman las leyes francesas *droit de pacage (de pascum)*. V. CURASSON, notas a PROUDHON, *Dr. d'usage*, n. 359; los pastos en predios segados, *vaine pâture;* y *vive* o *graisse pâture* (que comprende el *pacage - pâturage)* al que absorbe todos o los principales productos del fundo: PROUDHON, *op. cit.*, nn. 32-34.

(2) Cons. las Instrucciones de 10 de Marzo de 1810 (de Murat) a los comisarios encargados de la división de la propiedad pública, artículos 11 y siguientes, y el dictamen parlamentario (BOGGIO) sobre uno de los primeros proyectos para la abolición de los *adempribios (Atti della Camera*, Legislatura de 1859, n. 7). Sostuvo algunas veces la jurisprudencia napolitana que el derecho de pastos no comprendía el de aguada. V., por ejemplo, ROVITI, *Consilia*, l. III, c. 78. En contra: ALTIMARI en las observaciones a ROVITI, l. II, c. 30. Otros creyeron que comprendía también el derecho de saca de leñas: RICCI, *Praxis civil.*, t. III, c. IV; v. la nota 4 de la pág. 194.

cas, comprendiendo la satisfacción de las necesidades de los usuarios. Una ampliación del derecho de pastos consiste en el derecho a recoger hierba para mantener los animales estabulados (1).

El derecho a sacar leñas (que lleva en Italia el nombre de «machiatico» y de «boscheggio», según que se ejerza sólo en monte bajo o en monte alto) (2), tiene dos variedades principales: con arreglo a una, comprende la facultad de cortar maderas para usarlas en construcciones y reparaciones de edificios o aperos rurales; con arreglo a la segunda, la de cortar la leña para destinarla al fuego (3). Una y otra pueden atribuirse como *usos esenciales*, en el cual caso los usuarios sólo pueden cortar la leña precisa para las necesidades familiares, reparación de edificios propios y utensilios de la industria que ejercen (4).

Puede también comprender el derecho a cortar madera para traficar con ella y aun para carbonear (5). Por otra parte, el derecho de leñas puede restringirse al corte de las secas o de los matorrales infructíferos (6), aproximándose a su vez, por razón de su es-

(1) V. los dictámenes parlamentarios citados en el n. 88.

(2) Véanse los dictámenes parlamentarios indicados.

(3) En francés antiguo *marreur* designa la madera propia para fabricar cubas, tinas y otros artefactos agrícolas (hoy *bois de merrain); matière*, por antonomasia, indica la madera de construcción; por consiguiente, *droit de marronage* significa propiamente derecho de corta de maderas para utensilios, pero según algunos estatutos, en un significado más amplio, comprende también la corta de madera de construcción. El derecho a la corta de madera para quemar se llama *droit d'affouage (ad-focum);* v. PROUDHON, *op. cit.*, nn. 28 y siguientes; 901 y siguientes.

(4) El derecho de majadear o pernoctar comprende el de cortar la leña para el refugio *(frattizzare);* v. RENDELLA, *De pascuis*, p. III, c. VIII.

(5) Cons. las instrucciones y dictámenes cit. en notas anteriores.

(6) Son frecuentísimas las cuestiones acerca del contenido del derecho de recoger y cortar leñas muertas, y no pueden resolverse sino habiendo en cuenta los títulos de concesión y los usos locales diversos. En el lenguaje de las leyes de Montes francesas, *mort-bois* son los arbustos infructíferos; *bois-mort*, la leña seca. El derecho al *mort-bois* comprende ordinariamente el *bois-mort*, salvo el caso de que la leña seca sea en todo o en parte susceptible para servir de madera laborable. V. PROUDHON, *op. cit.*, nn. 120-126. Dúdase también frecuentemente si el derecho a cortar los matorrales *(incidere in spinas)*, comprende el de cortar parte de los tocones fructíferos respetando los tallos permanentes. Estas limitaciones del derecho a maderar y de leñas están frecuentemente garantizadas y fijadas por prohibiciones, como la de llevar herramientas de hierro para hacer con ellas leñas o la de emplear cierta clase de herramientas como el hacha o la azuela.

pecial contenido, al uso facultativo o potestativo de saca de leña (1).

El derecho de sembrar *(diritto di semina)*, unas veces comprende el de utilizar los espacios vacíos en los bosques para cultivar plantas anuales, y otras el de sembrar y recolectar en terrenos dedicados principalmente a la agricultura o en donde el cultivo se alterna con el pasto. Las reglas relativas a la partición y turnos de concesión de aprovechamientos de los terrenos por los usuarios, asegurando a todos el acceso a los beneficios de la siembra y el cultivo, son variadísimas (2); pero se entiende en general que con el acto de la siembra se adquiere un derecho personal y transmisible a disfrutar de la cosecha; en tanto que la legislación sarda incluye el derecho a sembrar *(ademprivio di semina)* como uno de los usos esenciales, en la legislación napolitana no se reputó jamás comprendido en el concepto de uso esencial, pero puede, cuando se asigne específicamente, ser determinado en relación a las necesidades de los usuarios (3).

Existen otras formas de usos colectivos, como son: el derecho a cocer cal, el de extraer arcilla, turba, piedras — éste, sin embargo, reconocido en la legislación napolitana entre los usos esenciales, cuando se limitaba a las necesidades sólo familiares (4) —, el dere-

(1) Véase más adelante n. 83.

(2) Véase la Exposición ZUCCONI citada en el n. 89.

(3) Véanse las Instrucciones y la Exposición cit. en la nota 2 de la página 193. Entre las formas de distribuir la utilidad de los bienes colectivos, está junto al de siembra el derecho de plantar o hacer plantaciones. No creo que éste se haya conservado en ningún sitio como uso colectivo sobre bienes ajenos. Pero para quien ejercitase aquel derecho de participación en la propiedad colectiva haciendo plantaciones, derivaba un derecho individual que se considera muchas veces como derecho real de propiedad o de superficie (Comp. WINDSCHEID, *Pandekt.*, § 223, nota 20) y que puede persistir como propiedad separada del vuelo (la cual, no obstante los inconvenientes graves de la comunión forzosa que acarrea, no está excluída, sin embargo, su constitución en el Derecho actual).Cfr. SEGRÉ, nota en el *Foro it.*, 1891, 1, 348. El T. de Apel. de Turín, en 23 Marzo 1863, *Giur. it.*, 1863, 2, 247, decide que el *jus plantandi*, incluído en el derecho de «vecindad» *(diritto di vicinanza)* sobre bienes comunales, no puede ejercitarse cuando ellos pasen a ser propiedad privada; pero no resulta claro si ha querido negar que puedan hacerse plantaciones nuevas por el usuario individual después de la enajenación (conforme a los principios establecidos en el n. 77), o que se pueda conservar el derecho sobre las plantaciones hechas. Este último caso es de justicia si según el régimen de la comunidad, el plantador no adquiría un derecho real.

(4) V. las Instrucciones citadas.

cho de cortar cañas y otros productos naturales de terrenos pantanosos, que va unido al derecho de caza y pesca (1), el derecho de recoger bellotas para alimentar los cerdos (2), el derecho de recoger las castañas del suelo y otros frutos caídos y de cosechar los frutos pendientes (3), el derecho de espigar, casi siempre compañero del de pastos en los predios segados (4), el de colectar en terrenos incultos plantas medicinales y de tintorería (5). Hay un derecho que se presenta sólo en forma de uso esencial, que es el de ocupar un trozo de terreno para construír en él una casa habitación (6).

Por último, existe una clase de derechos distintos de los enumerados hasta aquí, que se dan cuando entre las utilidades que pueden obtener las colectividades de su participación en el dominio sobre bienes ajenos, algunas de ellas no són a propósito para ser disfrutadas directamente por los individuos, y por ello se deben reservar los órganos de la colectividad la facultad de transformarlas en otras utilidades de que sí pueden los individuos participar. Tal sucede con las participaciones en el derecho de *fida* y de *diffida*, o sea el concurrir con el dueño del terreno en la percepción del precio fijado al paso o pastoreo permitido a los rebaños de los comuneros mismos o de los extraños, y en la exigencia de multas por el paso o pastoreo usurpado o abusivo de los extraños (7); también el ejercicio exclusivo del derecho mismo de *fida*, la participación en el derecho de terrazgo *(terratico)*, o sea el de distribuir con el propietario la indemnización debida por los comuneros por el ejercicio del derecho de sembrar y recolectar los productos; la participación en el derecho de *giogatico*, o sea indemnización satisfecha por el usuario que entra en un fundo con animales de labor; el derecho de *granetteria*, que se paga por entrar con la azada para sembrar; finalmente, el derecho a fijar lo que deben satisfacer los individuos que recolectan algunos frutos naturales (8).

(1) El *vagantivo* del VENETO; v. n. 90.

(2) *El droit de glandée ou de panage (panagium, quasi panis porcinus)*, PROUDHON, *op. cit.*, n. 32.

(3) V. las citadas Instrucciones.

(4) V. las Exposiciones citadas en el n. 89.

(5) V. las Exposiciones citadas en la nota 2 de la p. 193.

(6) V. las citadas Instrucciones.

(7) *Fida*, de *fidare, affidare*, asegurar el pasto; cons. sobre el derecho de *fida* y de *diffida*, DE ZAULIS, en los anexos al Tratado *De Pascuis*, de OTERO y BONDENO, c. XXXIX.

(8) V. las cit. Instrucciones, y LOMBARDI, *Degli usi civici*, apéndice I. Se-

82. Así como la propiedad colectiva, el derecho de uso colectivo pertenece a una corporación, municipio, parte de él o a una asociación cuyo fundamento no sea únicamente el convivir en un determinado término. Los usuarios individuales no son sujetos del derecho de uso, como no lo son tampoco de la propiedad colectiva; no están en relación inmediata de poder con los bienes sujetos al uso, ni los derechos colectivos de éste, que corresponden a la corporación, constituyen objeto de otros tantos derechos reales fraccionarios, de que puedan estar investidos los usuarios individuales; éstos, de todos modos, están en una relación especial jurídica con la corporación, y pueden exigir de ella que les asegure el uso. Toda la construcción jurídica de la propiedad colectiva puede acomodarse al derecho de uso colectivo; el sujeto de éste, que es un verdadero derecho real sobre cosa ajena, un derecho de participación en el dominio, es la persona que resume y representa formalmente los intereses de una serie indeterminada de generaciones, y a quien incumbe la obligación de procurar y asegurar el ejercicio del uso a los que entren a formar parte de la colectividad (1).

gún las Instrucciones de 1810, se califican los derechos de esta clase de *usi dominicali*, o sea que comprenden participaciones en el dominio público. Pero de la distribución entre usos *dominicales* y *útiles*, ambos contrapuestos a los *esenciales*, que tiene importancia para la determinación de las indemnizaciones, según la legislación napolitana, es difícil señalar su fundamento con criterio sintético, pues se encuentra enumerado entre los dominicales el derecho de siembra sin indemnización, y entre los útiles el de hacer leña ilimitadamente y el de cocer cal para traficar. Entre los usos útiles está también clasificado el derecho de primacía sobre los extraños en la adquisición de frutos de la propiedad.

(1) Por consiguiente, hay que rechazar que los individuos particulares puedan ejercitar contra terceros, en su propio nombre, acciones posesorias o petitorias, es decir, que a los vecinos sólo cabe reconocerles el ejercicio de acciones singulares contra la colectividad. (Véase, sobre este segundo punto, la nota siguiente). PROUDHON (*Dr. d'usage*, nn. 93-95) distingue el *derecho de uso*, que compete a la universidad, y el *ejercicio* del derecho, que compete a los individuos; pero, cuando el ejercicio de un derecho real se atribuye a persona distinta del titular, en virtud de una relación de obligatoriedad, el ejercitante no se coloca en relación inmediata con los bienes, y por esto es un vínculo personal de pertenencia a la colectividad lo que autoriza a los partícipes para ejercitar el uso. En suma: que deben distinguirse estas dos cuestiones: si existe un derecho colectivo, y si corresponde a los individuos el ejercicio de este derecho; pero no es posible, lógicamente, y frente al propietario gravado, o a un tercero perturbador, decidir la segunda cuestión, si la primera no se resuelve al mismo tiempo. No prejuzga la cuestión el artículo 32 de la ley de Montes de 1877, citado fre-

Las disposiciones de la ley Municipal que, como hemos visto, y salvo las provincias del Mediodía, transformaron en propiedad privada del municipio su antigua propiedad colectiva, no han llevado modificación alguna a la constitución del derecho de uso colectivo que disfrutaban los municipios sobre predios del Estado o de particulares. Varias de las leyes abolitivas modificaron profundamente, eso sí, algo que veremos dentro de poco, pues autorizaron a los municipios para disponer libremente de las indemnizaciones concedidas por los usos suprimidos; pero hasta las leyes abolicionistas los municipios han permanecido investidos de un derecho inmuta-

cuentemente en apoyo de la doctrina contraria; dicho precepto reserva a los usuarios individuales o grupos de usuarios distintos de la asociación comunal, el derecho y acciones que puedan tener *jure proprio;* pero decreta la administración del municipio cuando los usos se ejercitan en interés de poblaciones enteras o de parte de ellas, y, aunque no se trate de un derecho perteneciente al municipio, faculta a éste para ejercitarlo en representación de los usuarios. Cuando la excepción, respecto a la existencia del derecho de uso, sea suscitada en un procedimiento criminal, por pastoreo abusivo o por otra infracción de la propiedad, la tramitación en vía civil, conforme al artículo 33 de la ley de Enjuiciamiento criminal, exige la comparecencia de la representación de la colectividad (así lo reconoce la Casación francesa en varias resoluciones citadas por PROUDHON, *op. cit.*, n. 93, y por CURASSON, en sus notas a PROUDHON, *ibid.*, n. 96). Si siguiéramos la opinión contraria, podría perjudicarse indirectamente el derecho de la colectividad; si el propietario de los bienes gravados con el uso consigue rechazar las acciones posesorias de los usuarios individuales, o logra que sean condenados por delitos contra la propiedad, desestimándose las excepciones prejudiciales, falta base en todo, o en parte, a la pretensión posesoria por parte de la colectividad, puesto que posee mediante los individuos singulares. Se conforman en lo principal con esta doctrina las sentencias de Apel. Turín, 2 Junio 1885, *Giur., it.*, 1886, 2, 626 y 31 Diciembre 1888, *ibid.*, 1889, 2, 211. El mismo T. de Apel. de Turín (7 Abril 1862, *Giur. ital.*, 1862, 3, 223), admitió la acción civil por parte de los acusados de una infracción forestal para demostrar que dicho núcleo poseía el derecho de pastos, y además ordenó que interviniera el municipio, haciendo notar que la acción de los individuos se admitía sólo porque estaba provocada por una imputación penal. El T. de Apel. de Roma (28 de Marzo de 1891, *Temi Rom.*, 1891, 133), rechazó la acción promovida por usuarios individuales; pero admitió su intervención en los juicios promovidos por el Ayuntamiento. Se oponen a esta tesis: Cas. Roma, 4 Julio, 1879, *Giur. it.*, 1879, 1, 781; Cas. Nápoles, 3 Marzo 1883, *ibid.*, 1883, 1, 227; Cas. Roma, 18 Marzo 1886, *ibid.*, 1886, 1, 294, que admiten el ejercicio de acciones posesorias de los usuarios singulares. V. más atrás n. 77.

ble que no deben ejercitar y del que no pueden disponer, o sea, dicho en otros términos, que va indisolublemente unido al deber de hacerlo disfrutar a los comuneros. En realidad, el artículo 118 de la ley de 1865, así como el 141 de la vigente ley, facultan al Ayuntamiento para arrendar los bienes comunales, y prescriben, además, como regla el arrendamiento, con preferencia a la continuidad del disfrute en especie; pero los derechos de uso sobre bienes ajenos no son susceptibles de arrendamiento, y, por lo tanto, no les es aplicable la disposición con arreglo a la cual ha quedado virtualmente suprimida la obligación de los municipios de conservar los bienes para uso de los ciudadanos, ni existe ninguna otra disposición legal que entrañe esta consecuencia (1).

Asimismo sostengo que, fuera de las provincias del Mediodía, también pueden persistir los derechos de uso colectivo que correspondan a barriadas o fracciones de municipios sobre los mismos bienes comunales. Hay que separar dos casos distintos: que antes de la promulgación de la ley que impone el arrendamiento de los bienes comunales, los individuos residentes en una aldea tuviesen el completo e ilimitado disfrute de dichos fundos, o que sobre el predio comunal ejercitaran actos de disfrute determinados específica o genéricamente, y en especial actos de disfrute limitados a la satisfacción inmediata de sus necesidades. En el primer caso hay propiedad colectiva del grupo de población, que, por efecto de la ley Municipal, ha sido transformada en propiedad patrimonial suya, y que el municipio, en representación del grupo, está facultado para arrendar, sin perjuicio de reservar siempre la merced en beneficio de dicho grupo; la oposición que éste suscite en interés propio no puede impedir que sean utilizados los bienes conforme a la ley, aunque (art. 82 de la ley de 1875, art. 106 ley vigente) puede originar la constitución de una representación especial encargada

(1) Esta obligación del municipio origina un derecho en los individuos, que pueden alegar contra aquél ante la jurisdicción ordinaria (Apel. Venecia, 30 Marzo 1878, *Giur. it.*, 1878, 2, 702; Apel. Turín, 31 Diciembre 1888, *ibid.*, 1889, 2, 211). V. n. 1 a la pág. 174. En sentido contrario hubo, en cambio, de decidirse que algunos habitantes de un grupo de población carecen de acción para pretender participar en el disfrute de bienes exclusivamente usufructuados por una cierta clase de ciudadanos (Cas. Turín, 15 de Abril de 1879, *Giur. it.*, 1879, 1, 789); y que los comuneros no pueden ir contra el contrato en que el municipio renuncia, mediante indemnización, al uso cívico que le correspondía sobre bienes privados (Cas. Florencia, 8 Julio 1880, *Giur. it.*, 1880, 1, 120).

de la gestión independientemente de la representación comunal (1).

En el segundo caso hay un *derecho de uso colectivo del grupo de población sobre los bienes comunales.* La razón jurídica de tratarlos de modo distinto que a la propiedad colectiva, es ésta: el derecho de los partícipes es un derecho de obligación respecto a la colectividad; el de uso colectivo es un derecho real de la colectividad sobre bienes de otro; en la propiedad colectiva la obligación de conservar los bienes para el disfrute de los partícipes es el *antecedente,* y el derecho de los partícipes a este disfrute es la *consecuencia;* por el contrario, en el derecho de uso colectivo sobre bienes ajenos, la obligación del propietario de no distraer los bienes de este destino es la *consecuencia* del derecho que corresponde a la corporación de los usuarios. La ley Municipal podía aniquilar el derecho de los partícipes individuales al disfrute de los bienes del agregado, como el derecho de los comuneros individuales al disfrute de los bienes del común, imponiendo o autorizando el arrenda-

(1) Puede ejercitarse un recurso de alzada (art. 106) o un recurso contencioso-administrativo ante la Junta provincial (ley de 1.° de Mayo de 1890, artículo 1.°) para pedir que el aprovechamiento de los bienes de los agregados de población se realice con el concurso de esa representación especial. Pero el derecho del grupo a disfrutar, en una u otra forma, y con exclusión del resto del municipio, de la renta que produzcan sus bienes, puede accionarse siempre ante la jurisdicción común. CAFFIN *(Des droits respectifs de propriété de communes et de sections,* nn. 147 y siguientes y *passim,* Burdeos, 1868) sostiene que de los bienes del grupo corresponde a los individuos del mismo el disfrute en especie; pero que, cuando los bienes se arriendan o enajenan, el producto obtenido entra a formar parte de los ingresos generales del municipio. Esta opinión me parece discutible aun respecto a la ley Municipal francesa de 1837, y está contradicha por la autoridad de AUCOC y la jurisprudencia de aquel Consejo de Estado, y, desde luego, es en absoluto inadmisible dentro de nuestras leyes, que, aun en el caso en que admiten separación de patrimonios (y, por tanto, de ingresos y gastos, art. 18), presuponen la posibilidad de que el grupo tenga propiedad separada (art. 106, cons. C. de Estado, 28 de Septiembre de 1892, *Foro,* 1892, 3, 133). DE GIOANNIS *(Corso di dir. ammin.,* párrafos 1.645-1.670) va todavía más lejos y contra la doctrina imperante en Francia (cons. PROUDHON, *Dr. d'usage,* nn. 725 y siguientes, y el mismo CAFFIN nn. 262 y siguientes) admite la transmisión de los bienes de los grupos al municipio todo y el derecho de los comuneros a disfrutar en especie los bienes del grupo de población; pero esta teoría no es más que un deseo de reforma y no una interpretación de la ley (de 1865). La única sentencia que cita en su apoyo (Apel. de Génova, 18 Marzo 1853, *Bettini,* 1853), aplica la ley Municipal de 1848, que verdaderamente prescribía la fusión de todos los bienes de

miento de ellos; pero con esto no podía aniquilar el derecho correspondiente a la agrupación frente a la comunidad sin abolir el derecho de uso, como han realizado en variedad de formas diversas leyes especiales; y el fundamento o razón práctica de este distinto trato está en que, aunque erróneamente, cabe creer que el interés general del común o de la fracción queda atendido si se asegura la utilidad indirecta del arrendamiento o de la enajenación, distribuyendo el precio en vez del disfrute en especie; pero no cabe imaginar que queden satisfechos los intereses particulares de la fracción si el municipio entero utiliza, en interés general, el producto del arrendamiento o de la enajenación de los bienes gravados con el uso. Si estos bienes pertenecen al común no puede enajenarlos o arrendarlos más que en beneficio propio; para tutelar los intereses de los cuotapartistas habría necesidad de disponer previamente el rescate o el reparto antes de incumplir su obligación. El artículo 141 (n. 118 de la ley de 1865) no estorba esta interpretación; po-

---

los grupos de población en el patrimonio del municipio. También reconoció esta fusión un dictamen del Consejo de Estado de 11 de Octubre de 1873 (*Riv. ammin.*, XXIV, 923), según el cual, al consagrar las leyes de 1859 y 1865 distintos principios, disponían para el porvenir y no anulaban las fusiones ya realizadas. Por lo demás, según la Exposición BONCOMPAGNI sobre el proyecto de ley de Diciembre de 1850 (citada por DE GIOANNIS, § 1.646), el artículo 4.° de la ley de 1848 no tenía este alcance, y sólo se propuso la fusión de bienes patrimoniales de las agrupaciones (no de los bienes sobre los que los habitantes de dichas barriadas tuviesen derecho de disfrute, o sea bienes colectivos, que la Exposición califica erróneamente de *bienes privados* de los individuos aludidos). En la legislación vigente está reconocida la propiedad de los grupos (Cas. de Turín, 28 de Noviembre de 1872, *Riv. ammin.*, XXVI, 108), y está previsto que el municipio no puede usucapirla en perjuicio de los agrupados (Cas. de Nápoles, 29 de Mayo de 1884, *Riv. ammin.*, 1884, 797); que el grupo pueda accionar ante la jurisdicción ordinaria su derecho de goce exclusivo (Cons. de Estado, 25 de Julio de 1890, *Riv. ammin.*, 1890, 952), y que constituyendo una propiedad distinta de la que puedan poseer a título particular los agrupados, es necesaria la aprobación de la autoridad tuitiva para enajenar (Cons. de Estado, 12 de Diciembre de 1884, *Giur. it.*, 1885, 3, 134). Incluso cuando la agrupación no haya pedido la separación de patrimonios y de gastos, dispone el artículo 18 que, *si tiene bienes propios o un derecho de uso exclusivo*, actúa como persona jurídica y, por consiguiente, debe serle reconocido este carácter, aunque *normalmente* corresponda al municipio mismo la representación de ella. En contra: Cas. de Turín, 7 de Junio de 1878, *Giur. it.*, 1778, 1, 1.198; resolución censurada vivamente en una nota de GABBA. En contra, igualmente: GIRIODI, *Il comune nel diritto it.*, nn. 13-19.

drán los bienes arrendarse o enajenarse, pero por ello no se extingue el derecho real que compete al grupo, como se sustraen legítima o ilegítimamente al derecho de obligación de los partícipes individuales cuando se transfiere a otro la posesión de los bienes. Y al reconocerse a la *generalidad* de los habitantes la continuación del disfrute en especie como sustitutivo del arrendamiento, cabe inducir que el simple arbitrio de la Administración no puede dejar el disfrute a una parte de los comuneros limitada topográficamente; que, por consiguiente, donde continúa, existe éste desde luego, siendo el disfrute un verdadero derecho para el agregado.

En el número 80 he tratado ya de la adquisición, prescripción y prueba del uso colectivo; pero ahora debo notar que pertenecen también al patrimonio privado del municipio o común los fundos comunales gravados con un derecho de uso colectivo en beneficio de una parte de la población o de una corporación distinta de la asociación comunal, y que, por tanto, los acreedores de ésta pueden ejecutar dichos bienes, quedando, sin embargo, sujetos los fundos al ejercicio del derecho de uso por parte de los adquirentes.

Por otra parte, el derecho de uso colectivo, como la propiedad colectiva, cuando no esté limitado a la satisfacción de las necesidades actuales de los usuarios, o cuando su naturaleza no esté modificada por el principio singular de Derecho de la imprescriptibilidad, representa un valor patrimonial en el que pueden encontrar garantía para sus créditos los acreedores de la corporación, embargando las rentas u obligando a la enajenación del derecho mismo (1).

83. Los usos de que hemos hablado hasta ahora (traigan su origen o de una reserva de dominio o de una concesión), constituyen un derecho absoluto para la colectividad de las personas que los ejercitan. En oposición a los mismos, tanto por su origen como por su contenido y naturaleza jurídica, se encuentran aquellos usos derivados de la mera tolerancia de particulares que conservan el pleno y completo dominio sobre sus fundos (2). Dos formas

(1) Argumento sacado del artículo 4.° de la ley de 24 de Junio de 1888, que presupone la existencia de gravámenes y de hipotecas sobre los derechos de uso, ya que ordena su extinción.

(2) Sobre esto v. principalmente: DE LUCA, *Th.*, l. IV, *De servitut.*, disc. 37, 5-7, d. 38, 6, d. 39, 9, d. 40, 5. — SCHUPFER (*Allodio*, n. 30 y *Apricena, studi sugli usi civici*, n. 8) relaciona también esta clase de usos con la

principales revisten estos usos de tolerancia: el derecho de pasto después de la siega en predios cultivados (1) y el corte de hierba y recogida de leña seca en el monte (2); a la misma clase pertenece el espigado y otros esquilmos análogos, como la colección de racimos que quedan en las cepas después de la vendimia, y las ramas caídas en el suelo después de la poda de los árboles (*reciolar* y *bruscolar* en el Véneto) (3). Esta tolerancia constituía una costumbre general cuyo origen probable lo tuvo en la época anterior a la individualización de la propiedad, y que sobrevivió a ésta, en tanto que la tierra no fué cultivada sistemáticamente y el fin económico perseguido consistía sólo en obtener un producto principal; y que persistió mientras las dificultades de las comunicaciones y la limitación consiguiente del campo de producción y de consumo mantuvieron más estrechamente unidos los intereses de la propiedad territorial con los de la subsistencia de las poblaciones vecinas. Cualquiera que fuese su duración, sin embargo, no atribuía un verdadero derecho al conjunto de comuneros, sino una simple facultad de realizar esos actos de disfrute. Por otra parte, tampoco podía arbitrariamente el propietario suprimir esta facultad tácitamente consentida y consagrada por los años; el propietario no podía privar a los comuneros de la utilidad que disfrutaban para reservársela él mismo o enajenarla, aunque sí podía hacerlo, con un poder

---

propiedad colectiva; pero lo cierto es que allí donde el derecho de la comunidad primitiva no fué reservado o reafirmado o mantenido con una posesión exclusiva en oposición a la propiedad privada, el particular conquistó la integridad y el exclusivismo de su derecho aunque fuera usurpando derechos del pueblo. — Cons. ZUCCONI, *Il diritto d'uso civico dei popolani di Fiuminata* y MIOCICHÉ, *Usi civici* en *Legge*, 1878, 3, 350; y parte de la sentencia de Apel. Catanzaro cit. en la nota 1 de la pág. 206.

(1) V. más atrás, pág. 193, nota 1, acerca de la *vaine pâture*, cons. PROUDHON, *Dr. d'usage* (con las notas de CURASSON), tít. I, c. XII, y JAY y BEAUME, *Tr. de la vaine pâture et du parcours* (París, 1863). El *parcours* consiste en el derecho que corresponde recíprocamente a dos o más municipios de llevar unos a los predios de los otros a pastar sus animales. Requiere necesariamente la reciprocidad, pero difiere de la comunidad de pastos (v. más adelante, pág. 205), porque son admitidos incluso los comuneros que no poseen bienes. (V. PROUDHON, n. 333.)

(2) V. más atrás, pág. 194, nota 6; corresponde a esta clase de usos el *bouchoyage* (forma vulgar de *buissonnage*), para el cual debe verse PROUDHON, *op. cit.*, tít. IV, cap. X.

(3) V. respecto al *glanage* y sobre *râtelage*, JAY, *op. cit.*, n. 72.

discrecional cuya mayor o menor amplitud fué muy discutida (1), en el caso de que se tratara de cambiar el cultivo o de hacer, por ejemplo, plantaciones de árboles que excluyesen en todo o en parte la posibilidad del disfrute conjunto de los productos secundarios.

Los usos de esta clase, que a la corporación comunal correspondía asegurar en interés de los indivíduos, se llamaban, por razón de su origen, *consuetudinarios; facultativos,* en relación con su naturaleza jurídica; y para mostrar la antítesis con los derechos colectivos de uso que limitaban la propiedad privada (y que motivaban la prohibición o negativa al propietario de cualquiera disfrute que fuese incompatible en alguna forma con ellos), se les llamaba *usos afirmativos,* y más impropiamente, también *servidumbres afirmativas* (2).

El poder que el Código civil reconoce en su artículo 442 al propietario para cerrar sus predios, modificó la subsistencia de los usos facultativos existentes con arreglo a la legislación anterior; no es que se suprimieran en virtud de la ley, pero pueden desaparecer cuando el propietario alce un obstáculo material al acceso al fundo (3). La reserva que hace el citado artículo «salvo los derechos de servidumbre que correspondan a terceros» no afecta a este principio, porque según la jurisprudencia antigua los usos facultativos carecían de la consideración de servidumbres prediales o servidumbres personales. Constituye, sin embargo, una excepción a este principio el hecho de que el artículo 682 permita a la autoridad judicial revocar el acuerdo de retirarse de la comunidad de pastos «por un grave y evidente motivo de utilidad general del Muni-

(1) V. De Luca, *loc. cit.*

(2) Les dan esta denominación el decreto pontificio de 29 de Diciembre de 1849 y la ley de 24 de Junio de 1888; y nos parece inútil señalar que no tiene nada que ver con esto el calificativo de *afirmativas* que el Código (artículo 631) da a las servidumbres *quæ in patiendo,* por oposición a aquéllas *quæ in non faciendo consistunt.*

(3) Del artículo 6 del Código rural francés (Ley de 6 de Octubre de 1791) aparece que sólo el obstáculo material produce la exclusión en Derecho francés de la *vaine pâture* y del *parcours.* Nosotros no tenemos una declaración legislativa semejante, pero sí la tradición de las leyes anteriores (por ejemplo: Edicto sardo sobre cerramientos — V. más adelante n. 87 — y el Decreto de Murat de 3 de Septiembre de 1808, artículo 47), para las cuales era el obstáculo material el que producía el cierre (muro, seto vivo, zanja, empalizada) si se quería privar del ejercicio del uso a la comunidad que lo poseía; de ello se trasluce que para este efecto no basta la simple prohibición de entrar en el predio.

cipio en que estén radicados los bienes rústicos». Este artículo no se refiere a los fundos en que exista en beneficio de los individuos o de la población entera el derecho de pasto como facultad o derecho objetivamente real, sino a aquellos otros gravados con una servidumbre recíproca de pastos en beneficio de otros fundos (derecho o servidumbre subjetivamente real), en los cuales los propietarios de los otros fundos tienen el derecho de que entren a pastar los animales de su propiedad, estando ellos obligados por su parte a sufrir el pasto en beneficio del fundo gravado. Únicamente cuando hay reciprocidad es cuando puede, excepcionalmente, oponerse a la disolución y disponer la comunidad forzosa de pastos. Resolución judicial ha habido (1) que con razón reconoció al municipio la facultad de oponerse a la disolución, aun cuando aquél careciera de bienes propios beneficiados por el derecho de pastos; esta facultad parece legítima consecuencia de la obligación impuesta al propietario que quiera denunciar la comunidad de notificarlo así al Ayuntamiento. Pero si el municipio es el legítimo representante de los intereses generales que aconsejan la comunidad forzosa, esto no significa que, por interés general, pueda pretender que continúe el uso facultativo allí donde no haya comunidad y reciprocidad de pastos.

La extensión de su contenido es el criterio principal para ver si los usos colectivos tienen carácter de simple facultad o de derecho; porque no puede hablarse de usos facultativos cuando éstos absorben la totalidad o las principales utilidades del fundo, y menos aún cuando la colectividad se adueña de una parte de los frutos sin que los comuneros los consuman directamente, sino para venderlos y distribuir entre ellos sus productos (2). Y viceversa, cuando el uso esté limitado al pasto en rastrojeras, barbecheras y prados segados,

(1) Apel. Catanzaro, 24 Mayo 1879, *Giur. it.*, 1879, 2, 632; que, sin embargo, se equivocó al excluir resueltamente la disolución cuando estaba fundada en un contrato la comunidad de pastos.

(2) DE LUCA en una parte (disc. 39, nn. 12-13) dice que puede haber uso facultativo cuando la *universitas* disfrute *arrendando* los pastos a extraños, en vez de disfrutar de ellos directamente. Y que el uso es simplemente facultativo, lo deduce de la circunstancia de que al propietario corresponda a su vez una *fida*, y disfruta así de la diferencia entre los precios. Pero al leer sus discursos en la parte referente a las alegaciones forenses, no hay que desmentir la confesión que hace en el discurso XLIII, n. 10, con el tenor siguiente... *juxta morem advocatorum, quos solum dica infelices ob istam necessitatem dicendi modo album modo nigrum.*

al espigueo y recogida de leñas muertas, lo mismo puede ser un verdadero derecho que una simple facultad. Que sea un derecho, se induce del carácter feudal que tuviera el fundo; si, en cambio, la propiedad procede de una adquisición privada, ello no excluye la posibilidad de que exista un derecho, pero para reconocerlo tiene que apoyarse en un título expreso de reserva o de concesión; no basta la prescripción inmemorial para adquirir un uso de este contenido, porque el que sea poseído por la mera tolerancia del propietario no es título bastante (1).

84. Entre las leyes dirigidas a la abolición de los usos cívicos existentes, la única que rige en todo el reino es la ley de Montes de 20 de Julio de 1877 (a), que luego de preceptuar que en el término de dos años, y so pena de caducidad, deben declararse los derechos de uso, faculta a los propietarios particulares de montes sujetos a la vigilancia de la administración forestal, para liberarse de ella, bien cediendo a los usuarios en propiedad plena una parte del monte o indemnizándoles en dinero, y autoriza al Gobierno para suspender la liberación cuando el ejercicio de un derecho de uso se juzgue en todo o en parte necesario a una población. Esta ley, como todas las demás que la han precedido y la seguirán, la inspira el error fundamental de creer que el dinero puede indemnizar de un uso colectivo, cuando éste, en realidad, no asigna el disfrute de bienes directamente útiles, sino el derecho de aplicar gratuitamente el propio trabajo al elemento natural de la producción (2). Los daños

(1) V. más atrás n. 80 *i. f.* Además de las resoluciones citadas allí, v. Apel. Catanzaro, 30 de Marzo de 1878 *(Legge*, 1878, 1, 823), que excluye el uso de pastos *(sbarro)* en los fundos *burgensatici* (de propiedad privada o alodial de las baronías); Apel. Roma, 28 de Marzo de 1891, *(Temi Rom.*, 1891, 176), que niega el carácter de título constitutivo de derecho de pastos a la reserva o concesión temporal hecha para satisfacer necesidades circunstanciales de la población. Pero el uso facultativo puede transformarse en derecho si el propietario ha renunciado a la facultad de revocarlo, y lo ha reconocido como permanente y definitivo y regulado su ejercicio (Apel. Roma, 14 de Mayo de 1889, *Temi Rom.*, 1889, 385).

(a) [Recientemente un Real decreto-ley de 22 de Mayo de 1924 ha logrado ordenar y unificar las normas relativas a la abolición de los usos cívicos, confirmando el principio de la redención y dictando reglas para el aseguramiento y liquidación general de dichos usos y de cualesquiera otros derechos de disfrute comunal de la tierra por los habitantes de un Municipio o fracción del mismo.]

(2) Como dice VALENTI, *Le forme primitive e la teoria economica della proprietà*, pág. 38.

de esto derivados no podrá templarlos la facultad concedida al Gobierno de suspender temporalmente su aplicación en algunos casos. Las disposiciones de esta ley son, en su mayor parte, una reproducción de la de 1.º de Noviembre de 1875 respecto a liberación de los derechos de uso sobre los montes del Estado declarados inalienables por la de 30 de Junio de 1871; pero los inconvenientes de la reserva de elección al propietario entre una u otra forma de indemnización son menos graves cuando la propiedad corresponde al Estado, y es de esperar que el Gobierno la ejercite respetando por igual los opuestos intereses. En el caso de la liberación de los usos cívicos sobre el monte llamado Montello en la provincia de Belluno, que fué el objeto principal de la ley de 1875, salieron perjudicados los intereses de los usuarios y los de la Hacienda; continuó el ejercicio de esos usos, aun cuando se persiguieran criminalmente, sin que se aliviara por ello la miseria de los habitantes, y el monte fué completamente destruído. La ley de 21 de Febrero de 1892 autorizó la enajenación y el reparto de una mitad entre los antiguos usuarios en arrendamiento gratuito por seis años, primero, y en propiedad, después, destinando el producto de la venta de la otra mitad para constituir un fondo de préstamos a los concesionarios (1).

85. Las demás leyes sobre el particular tienen todas autoridad limitada a determinadas regiones. Entre ellas ocupan el primer lugar en tiempo e importancia las reguladoras de la propiedad pública en las provincias meridionales, las cuales he invocado muchas veces en la exposición anterior. La primera, de fecha 1.º de Sep-

(1) V. sobre el caso de Montello, además de las obras citadas en la nota 1.ª de la pág. 156, la Exposición parlamentaria (BROGLIO) en las *Atti della Camera*, Legislatura de 1886-1887, doc. 107 A, y las Exposiciones ministerial (CHIMIRRI) y parlamentaria (BERTOLINI) sobre el proyecto que hubo de ser ley (*Atti della Camera*, XVII Diputación, Legislatura 1.ª, doc. 282 y 282 A). Acerca de ésta que, como las leyes sobre la propiedad en las provincias del Mediodía, iba encaminada a constituir inmediatamente la pequeña propiedad privada, hay una interesante comparación histórica que hacer con los repartos de tiempo de los Gracos. La ley Agraria de Tiberio Graco (133 antes de la Era Cristiana) distribuía entre los ciudadanos y los confederados itálicos el *ager publicus* recuperado de sus ocupantes, haciendo con él partes inalienables, gravadas con un censo. A instigación del Senado, que representaba los intereses de la gran propiedad territorial, diez años más tarde fué cuando el tribuno Marco Livio Druso propuso la liberación de tal censo y que se declararan libres y vendibles las tierras distribuídas. (V. MOMMSEN, *Storia romana*, l. III, c. IV).

tiembre de 1806, que seguía y completaba la de abolición del feudalismo (2 de Agosto del mismo año), disponía el reparto de todos los bienes gravados con usos cívicos, distinguiendo dicha propiedad en feudal, eclesiástica, pía, mixta y universal o comunal, según que el dominio directo perteneciese al Estado y el útil a los señores feudales o la propiedad plena a Iglesias u obras pías, o toda la propiedad, plena también, conjuntamente a varios municipios, *universitates*, o la propiedad entera a un único municipio o *universitas*. Estaba informada, así como las muchas leyes que la siguieron para intentar su aplicación, en el principio fundamental de acabar con toda promiscuidad de propiedad y de derechos entre los municipios y el Estado, entre los municipios y los particulares y entre los mismos municipios; y con este objeto debían repartirse entre los nobles y la *universitas* correspondiente, como representación de los usuarios, la propiedad feudal; la eclesiástica y pía entre las iglesias y los establecimientos piadosos, y la respectiva *universitas;* y las mixtas, entre las varias colectividades (Decreto de 8 de Junio de 1807, art. 5), atribuyendo a los usuarios de una a tres cuartas partes de los bienes, según la naturaleza y extensión varia que tuviesen los usos (Decreto de 3 de Septiembre de 1808). Al realizarse este reparto, hubiera cesado la aborrecible promiscuidad; pero el legislador se proponía más: quería sujetar al régimen de propiedad privada los bienes de que se trataba y transformar en dueños a los usuarios, elevando así la situación de la población rural. Por eso, la propiedad que en su origen era ya pública, y la parte de la propiedad feudal, eclesiástica y mixta atribuída a las diferentes agrupaciones, o sea a los municipios en que se podía considerar transformada la primitiva *universitas* de usuarios, ordenó que a su vez fuesen distribuídas en lotes y repartidas entre los individuos de la colectividad, debiendo en favor de ésta soportar la carga de un canon (Ley de 1.° de Septiembre de 1806, art. 4.°; Decreto de 8 de Junio de 1807, artículos 5-11; Decreto de 3 de Septiembre de 1808, arts. 21 y siguientes). A tenor del artículo 10 de la primera (v. el Decreto de 3 de Septiembre de 1808, art. 2), podían excluirse de este reparto los terrenos montuosos inadecuados para el cultivo; y según los artículos 188 y siguientes de la ley de 12 de Diciembre de 1816, quedaron reservadas para pastos comunales las tierras ya destinadas a ello, y se dedicaron a los usos esenciales de los comuneros los montes, sin tener que satisfacer por ello nada; y así volvió a consagrarse la propiedad colectiva y los derechos de uso colectivo, aunque limitados a una parte de la antigua propiedad pública.

Los Borbones reprodujeron en Sicilia, sin modificación sustancial, la legislación de José Bonaparte y de Murat, mediante una serie de Decretos entre los cuales merecen citarse los de 11 de Septiembre de 1825, 20 de Diciembre de 1827, 7 de Mayo y 19 de Diciembre de 1838, y la Instrucción de 11 de Diciembre de 1841, siendo de indicar que en Sicilia habían sido abolidas las vinculaciones y el feudalismo por la Constitución de 15 de Marzo de 1813, y el Decreto de 11 de Octubre de 1817 había disuelto la confusión de dominios. Además de los usos cívicos sobre la propiedad comunal, y mientras las operaciones de división y reparto no eran realizadas, quedaron subsistentes transitoriamente los usos cívicos sobre las propiedades feudales y eclesiásticas, que son hoy propiedad privada; ya he dicho en los números 73 a 80 que no se extingue el derecho de uso, ni por tanto puede usucapirse la libertad del fundo sujeto a los usos cívicos, sobre tierras que no hayan sido definitivamente adjudicadas en propiedad libre a consecuencia de los repartos, por mucho que sea el tiempo que hayan dejado de ejercitarse aquéllos. Los fundos poseídos por particulares a título distinto del reparto, pueden siempre volver a integrar la propiedad pública y quedar sujetos a distribución. El último intento para resolver la difícil cuestión de esta propiedad territorial ha sido el proyecto LACAVA (1), el que, a más de remedios ya recordados para garantizar los beneficios sociales de la división, erigiendo voluntariamente un ente cooperativo entre los cuotapartes, pretendía formar con la parte de propiedad pública reservada a los usos cívicos una persona jurídica distinta del municipio. Esta proposición, que ya patrocinó la Comisión regia de 1884, la echó abajo la Comisión central del Senado, que confió al Ayuntamiento la administración de aquellos bienes, y dejó al futuro Reglamento la adopción de medidas que asegurasen los intereses de los usuarios (2).

86. La legislación disolviendo la promiscuidad entre los usos colectivos y la propiedad privada de los fundos feudales y eclesiásticos era inaplicable en el territorio de Tavoliere de Puglia, que jamás conoció el feudalismo, y que desde la época romana había

(1) V. más atrás pág. 159, nota 1.ª, y pág. 178, nota 1.ª

(2) En la colección de SANSONE, *La legge e la giurisprudenza della manomorta* (Nápoles, 1885), están reproducidas parte de las leyes citadas. Cons. también la colección de SAVOJA, *I demani comunali* (Benevento, 1880) y los escritos citados en la pág. 156, nota 1. V., por último, la *Relazione sull' opera dell'amministrazione dell'agricoltura* en los *Annali di agricoltura*, 1892.

sido propiedad del Estado (1). En estas tierras, sin embargo, donde desde antiguo existía el disfrute de pastos de invierno por los ganados que bajaban de las montañas de los Abruzzos y de la Basilicata, y que en su origen eran administradas por cuenta del Erario arrendando los pastos o cediéndolos a rebaños, ya por último concediendo los pastos a particulares a cambio de un canon perpetuo e irredimible, habían ido formándose, como en las tierras feudales, usos colectivos en beneficio de la población que allí habitaba de modo permanente; ante todo, se trataba de los pastos de verano *(diritti statonicali)* y pastos de otoño, *(diritti autunnali);* algunas veces, también de los pastos de invierno *(diritti vernotici);* y sobre los montes, el «legnatico» y el «ghiandatico». Quiso el Gobierno italiano sujetar el Tavoliere al régimen de la propiedad privada y consolidó el dominio útil de los censatarios convirtiendo la propiedad directa del Estado en un derecho de crédito y conservando el dominio público sobre los *tratturi* y los *riposi,* o sea, las vías pecuarias que han de recorrer los ganados al bajar de la sierra y los lugares en que descansan en espera de la distribución de pastos. La propiedad privada que así se formaba debía ser libre de usos, a fin de mejorar la economía del Tavoliere, tanto de los usos colectivos, como de los derechos individuales de pasto que, procedentes de usurpaciones antiguas, se habían afirmado por una larga posesión. La liberación ocurrió convirtiendo los derechos de uso en una renta territorial redimible, pagadera al Municipio a que pertenecía la población que disfrutaba del uso. Respecto a los usos sobre bosques, hubo de disponerse que, en representación de los usuarios, los Municipios que lo prefiriesen optaran por dividir el monte en cuarteles y que se les cediese en propiedad una parte de él (V. ley de 26 de Febrero de 1865 y Reglamento de 23 de Marzo del mismo año). Esta ley, que fué la primera del nuevo reino sobre los derechos de uso, a diferencia de lo que después hizo la ley de Montes, permitió, al menos en un caso, a los Municipios, como representantes de los usuarios, no al dueño, la elección entre ser indemnizados en metálico o la parcelación; pero ya en general acogía el absurdo sistema de compensación en metálico, y en metálico entregado a los Municipios, extinguiendo así, sin contraprestación, las obligaciones que les incumbían para con los usuarios como sujetos del derecho de uso colectivo.

---

(1) V. la historia del Tavoliere en GRANATA, *Economia rustica per lo regno di Napoli* (Nápoles, 1830).

A semejanza de lo que ocurría en Tavoliere de Puglia, Sila de Calabria quedó, en gran parte, propiedad del Estado; pero a través de los siglos y frente al Estado, incapaz o descuidado, no ya para utilizar, sino para defender su propiedad, no obstante las prohibiciones inútiles, se habían multiplicado las detentaciones de terrenos para dedicarlos al cultivo, y hubiera parecido luego violenta usurpación el reintegro de los derechos del Fisco. A esta reintegración iba unida la suerte de los usos cívicos, que a título de posesión antigua, y a virtud de presunciones de propiedad originaria, ejercían los pueblos en propiedades del Estado, y quedaban excluídos, tanto en las reservas de derechos, como en la defensa privada; y a virtud de esta incertidumbre sobre los derechos de los ocupantes, se dejó de aplicar a Sila los preceptos relativos a la disolución de la promiscuidad (Decreto de 8 de Junio de 1807, núm. 21). Frustrado el propósito de Murat (Decreto de 2 de Julio de 1810) de colonizar Sila, trató el Gobierno de la Restauración de reivindicar en interés del Fisco; pero la simple afirmación de estos derechos tenía que agudizar el conflicto entre usuarios y ocupantes; y el antiguo conflicto no acabó hasta que hubo de renunciarse a tales derechos con la ley de 25 de Mayo de 1876, que aceptó los hechos consumados, renunció a la reivindicación contra Municipios y ocupantes particulares, y sólo exigió a éstos el cumplimiento de ciertas prestaciones a que ya venían obligados como reconocimiento del dominio del Estado *(fida, giogatico, granetteria)* (1), convertidas ahora en canon fijo capitalizado; quedaron, por lo demás, prohibidos los usos cívicos sobre los bienes que adquirieran la condición de propiedad privada, dejando a los municipios todos los fundos públicos no apropiados por particulares, salvo algunos bosques, una mitad para fines de utilidad general y la otra mitad, como compensación de los usos, había de dividirse entre los comuneros en forma de partes alícuotas de propiedad o de enfiteusis y reservarse en la parte montuosa para continuar los usos mismos (2).

(1) Prestaciones pagaderas desde su origen al Estado por quien ocupaba temporalmente los fundos para aprovechamientos concretos, como en otro tiempo al señor feudal, y en algunos casos también a la *universitas*, que con su derecho de uso participaba en la finca (V. más atrás pág. 196, notas 7 y 8); mas al adquirir carácter permanente esta ocupación, asumió la figura de dominio útil y se tranformaron aquéllas en cargas reales.

(2) V. la Exposición de MIRAGLIA al Senado y la de MANCINI a la Cámara de Diputados acerca del proyecto que hubo de convertirse en ley de 25 de Mayo de 1876.

87. Si la legislación napolitana no correspondió al propósito que la guiaba y estuvo muy lejos de conseguir la regeneración económica y moral de las clases rurales, con el sistema de parcelaciones y atribuyendo a los despojados del derecho de uso una propiedad que ni eran capaces de utilizar ni de conservar, a lo menos realizó o preparó la disolución de la promiscuidad para asegurar la constitución de una propiedad privada, libre de las cargas que dificultan el aumento de la producción. Más graves son los cargos que pueden dirigirse contra las leyes acerca de la propiedad rústica de Cerdeña, que comenzó con medidas incompletas e incongruentes y concluyó con violencias que no compensaron los daños sociales acarreados por el espolio de los usuarios con las ventajas económicas anejas a una propiedad privada libre. Las condiciones de la economía rural en aquella isla, la naturaleza de los terrenos, la escasez de capitales y el grado de cultura de sus habitantes no la tenían preparada para pasar del sistema de cultivo extensivo al intensivo, del predominio del pastoreo al de la agricultura; y entre la propiedad privada que quería consolidar el legislador, liberándola de los usos, la había también de fecha sobrado reciente y de harto incierto origen, para que pudiera oponerse a los derechos seculares de los usuarios. Por esto, la fuerza de las cosas hubo de resistirse a la transformación jurídica, que en vez de conseguir la transformación económica, venía impuesta por una fuerza exterior, y por voluntaria o forzada tolerancia continuaron subsistiendo los usos abolidos y condenados por las leyes; y los mayores propietarios de Cerdeña, el Estado y los Municipios (el Estado, que *quería* vender, y los Municipios, que *debían* enajenar) no hallaron quien se decidiera a adquirir unas tierras en que no podían hacerse reformas en el cultivo sin provocar una lucha con los habitantes.

Para señalar las principales fases de esta legislación hemos de remontarnos al Edicto de 6 de Octubre de 1820 sobre el cierre de predios, que facultaba al propietario para cercar los terrenos que quería dedicar a la agricultura, a fin de sustraerlos a los pastos comunes, previa aprobación de la autoridad administrativa, y oído el parecer de la comunidad interesada. El Edicto autorizaba para liberar la propiedad gravada con el derecho de pastos, tanto sobre bienes feudales, como sobre bienes alodiales; pero este derecho de pastos, creado conforme a la costumbre milenaria del pastoreo trashumante, carecía de título expreso o de una implícita reserva que diese seguridad de conservarlo a la colectividad interesada. En Cerdeña, a diferencia de lo ocurrido en otras regiones, mantenía desde

el principio de este siglo un carácter de derecho absoluto, que se mantuvo hasta el Edicto sobre cerramientos, asumiendo entonces el carácter de uso facultativo, consuetudinario o de mera tolerancia, y que al transformarse el predio, y después de una investigación administrativa, fueron suprimidos.

En cambio, y con el carácter de derechos absolutos, persistieron los *adempribios*, o sean, usos colectivos sobre bienes feudales, que podían tomar la mayor parte de las formas indicadas en el número 78, con variantes que no importa señalar aquí, pero que ordinariamente estaban limitadas a la satisfacción inmediata de las necesidades de los usuarios (1). Podían atribuirse con una determinación genérica o específica: como derecho de pastos, de corta de leñas, de arranque de plantas, que la jurisprudencia sarda dividía en dos clases: derechos mayores o menores, según que abarcasen las tres facultades principales de pasto, siembra y leñas, o una sola de éstas, u otras facultades limitadas, de suerte que los usuarios no pudieran percibir más de la mitad de los productos. El origen probable de todos los *adempribios* fué la propiedad colectiva de un grupo de población, cuyo derecho colectivo había resistido a la individualización de la propiedad operada con el establecimiento de feudos, y que en las investiduras feudales había sido reservado tácita o expresamente, o confirmado en privilegios reales o concesiones de los señores. Pero la jurisprudencia sarda careció del valor fecundo de la que defendiera los derechos cívicos de los napolitanos y no hizo lo que ésta, o sea, llevar a esos usos, para defenderlos de las usurpaciones feudales, aquel principio de imprescriptibilidad sancionado en el Derecho romano para los derechos públicos; y vaciló sobre si había de asemejarlos a la categoría jurídica de las servidumbres o calificarlos como comprensivos de una participación en la propiedad; mas el Foro y las pragmáticas reconocieron siempre el carácter absoluto de los *adempribios*, derecho real del Municipio o del conjunto de usuarios en oposición a la propiedad de los señores, y de importancia económica, no inferior, sino a veces superior, a la de la propiedad, aun cuando comúnmente estuviesen limitados a los usos esenciales, porque los señores no podían obtener de tales bienes otra utilidad que la sobrante después de satisfacer las necesidades de los usuarios.

(1) De aquí la pretendida etimología que de *ademprибio* se da: *ab adimplendis vitæ usibus et necessitatibus.* Otra etimología «descabellada», *ab ademptis rebus*, señala ya una usurpación privada sobre la propiedad colectiva.

Una vez liberada Cerdeña de la dominación feudal, abolida la jurisdicción de los barones y rescatados por el Estado los feudos, sobre los bienes propiedad del Estado, principalmente, continuaron ejerciéndose los adempribios; y el Estado, sucesor de las baronías, a virtud de mezquinos intentos fiscales, continuó la historia usurpadora de los barones con medidas administrativas y legislativas que arruinaron el patrimonio del pueblo. La Carta real de 15 de Marzo de 1839 dividió en tres clases la propiedad inmueble de la isla: bienes de propiedad privada, bienes de propiedad comunal y bienes de dominio público. «Por una benigna consideración a los poseedores» (art. 5.°) dió la consideración de propiedad privada a derechos individuales que, con arreglo a las leyes anteriores, ostentaban el carácter de derechos subordinados al dominio de los señores o de los Municipios, como los existentes sobre *orzaline* (1), sobre *vidazzoni* (2), sobre terrenos puestos en cultivo en el término de las *cussorgie* (3); y distinguiendo, sin embargo, la propiedad privada perfecta de la «imperfecta» (como calificaba a la sujeta a la comunidad general de pastos), no sólo confirmó las disposiciones del Edicto sobre cerramientos, sino que en otras formas facilitó la re-

(1) Llamábanse así, por la clase de cultivo preferida, los trozos cultivados cerca de los albergues y cabañas de los pastores que vivían lejos de poblado y pertenecían en propiedad útil a los señores.

(2) Denominábanse así los terrenos ocupados precariamente, primero, y después, ya de un modo permanente, en territorio comunal, y dedicados alternativamente al cultivo o al pastoreo (*«vidazzoni»* y *«paberili»*, *vidazzoni* en el sentido de terrenos temporalmente vedados, reservados o prohibidos), en donde concurrían el derecho de quien lo ocupaba o cultivaba y el derecho de pastos de los ciudadanos autorizados al efecto.

(3) Las *cussorgie* consistían en un derecho de uso exclusivo concedido a una persona o a una familia en una zona de bienes de adempribios para pastar o engordar el ganado. La Carta reconoció como título de propiedad individual la ocupación permanente y el cultivo de parte de estos terrenos subordinada primero a la propiedad del concedente. Por otra parte, algunas veces la agregación de varias *cussorgie* había originado la formación de nuevas colectividades (*cussorgie-furriadorgi* para distinguirse de las «cussorgie» que habían permanecido individualizadas), como también se habían formado nuevas colectividades por la reunión de pastores ocupantes de terrenos incultos y deshabitados sin título de concesión (*cuyles, stazzi, oddei, furriadorgi).* Estas colectividades, cuando se regían en forma de comunidad, aun cuando no fuesen municipios, fueron considerados como tales por la Carta, para reconocerles la propiedad adquirida y para el régimen de ella, hasta que, por último, la ley de 11 de Julio de 1853 las erigió en municipios.

dención del derecho cívico de pastos y el desarrollo de la propiedad privada perfecta, autorizando la exclusión absoluta de una parte de los fundos del pasto comunal (las «vidazzoni» nuevamente formadas), llevando este derecho a otra parte; y promovió el redondeamiento de los terrenos cerrados, con la autorización concedida a sus propietarios para obligar a los dueños colindantes a que les cedieran sus tierras abiertas. Los bienes propiedad de entidades y agregados de población que no constituyesen Municipio verdadero ordenó que fuesen repartidos entre los comuneros, si las tierras eran aptas para el cultivo, y que se reservasen las demás para el uso común de pastos, y, donde fuese posible y útil, una parte del monte al aprovechamiento comunal de leñas. Quedaban vivos los adempribios en los bienes de dominio público, señalándose ya con la reserva de conceder los terrenos públicos cultivables a particulares la tendencia a considerar los adempribios más bien como usos tolerados que como derechos absolutos; con tanto desdén hacia los derechos colectivos adquiridos, como favor se dispensaba a los derechos individuales, estuviesen o no adquiridos.

Esta tendencia se destaca más acusada en la Patente de 14 de Septiembre de 1844, que en su preámbulo anuncia el propósito de suprimir los adempribios, compensando a las comunidades y proveyendo en tanto al régimen de su ejercicio. Restringen estos usos otras varias disposiciones legislativas, y entre ellas las hay que privan del derecho a pastar en antiguos terrenos feudales a los animales que se tienen en aparcería.

La ley de 15 de Abril de 1851, encaminada a unificar la tributación en Cerdeña, abolió el derecho de pastos en terrenos cultivados que después del Edicto sobre cerramientos había quedado reducido a un derecho facultativo; y aplicó esta disposición inmediatamente en los predios de propiedad privada, y, después de nueve años, en los predios comunales y del Estado; pero, según la interpretación más acertada, no afectó al adempribio de pastos ni sobre bosques, ni sobre otros terrenos baldíos destinados principalmente a pastos.

Fracasaron varios proyectos que hubieron de presentarse al Parlamento en 1857 y 1859 para la supresión de los adempribios; todos ellos presuponían que los bienes de origen feudal pasaran a ser propiedad plena pública, y concedían a los usuarios una compensación, pero sin atender a que ésta fuese proporcional al uso que desaparecía ni dar a la compensación forma que presentase ventajas para los usuarios. La resistencia legítima opuesta por

el pueblo sardo vencióla un proyecto que prometía grandes beneficios a la economía pública, puesto que autorizaba al Gobierno para separar de los bienes públicos sujetos a adempribio doscientas mil hectáreas en tantos lotes como municipios, que se entregarían como auxilio a una sociedad encargada de la construcción de los ferrocarriles de la isla; proyecto que hubo de convertirse en la ley de 4 de Enero de 1863 y que había de ser seguido de medidas para liberar de los adempribios los lotes que se entregaran a la sociedad aludida, con objeto de que los recibiera en propiedad plena. Y con ese propósito se promulgó la ley de 23 de Abril de 1865, que abolió en términos categóricos los usos cívicos, o sean los adempribios, además de los usos privilegiados sobre terrenos ex feudales (1). Como compensación a los usuarios concedió a los Municipios la plena propiedad de los bienes públicos adempribiales, deducidas las

(1) No son éstos los términos literales de la ley que abolió «todos los usos conocidos con el nombre de adempribios y derechos de «cussorgia»; pero en cuanto a la determinación de bienes gravados que hace el texto, es de notar que sólo subsistían adempribios y «cussorgie» sobre bienes feudales; algunos de éstos podían indudablemente, en la época de la liberación, haberse convertido en bienes de propiedad privada en vez de pasar a la propiedad pública. En cuanto a la extensión de la abolición a todos los usos privilegiados, indudablemente la «cussorgia» tenía carácter de uso privilegiado, como hube de notar en la nota 3.ª de la p. 214; uso privilegiado individual, que, con la reunión de varias de ellas, originaba un uso privilegiado colectivo, y con la ocupación permanente del suelo y con el cultivo preparaba la adquisición más bien de propiedad individual que de propiedad colectiva. Como de las manifestaciones de la Comisión parlamentaria aparece, la ley de 1865 respetó la transformación de este uso en propiedad reconocida y sancionada por la Carta de 1859, bien tuviera aquél un carácter privado, bien por la agregación de varias «cussorgie» se hubiesen erigido en municipio; abolió los usos no convertidos en propiedad, pero compensando a los usuarios. Pero además de las «cussorgie» es de notar que había otros derechos individuales con carácter de uso privilegiado de bienes de adempribio: los de los poseedores de los *sindacati*, o *arriendamenti*, o *establissimentos*, que procedían de concesiones feudales análogas y enfitéuticas que sobrepujaban al uso cívico; y los de los ocupantes con más de diez años, sin título, que habían puesto en cultivo terrenos y como propietarios privados estaban inscritos en el Catastro (v. Reglamento de 26 de Julio de 1865, artículo 5.º y anejos A. y B.). Hay duda, y con razón, sobre si los derechos de los poseedores de *sindacati* puede considerarse que adquirieron el carácter de derechos de propiedad privada según la Carta de 1839; pero la ley de 18 de Agosto de 1870 decretó la extinción de los derechos de propiedad en terrenos considerados de adempribio cuando no se hubieran reivindicado dentro de los seis meses.

doscientas mil hectáreas dedicadas a la sociedad de los ferrocarriles sardos (fueron cerca de doscientas setenta mil) con la obligación de venderlas dentro de tres años, después de indemnizar a los que disfrutaban en esos bienes derechos de adempribio y de «cussorgia». No pueden verse en esta disposición otras obligaciones que las impuestas a la comunidad cesionaria para con los individuos poseedores de los indicados derechos y otros usos privilegiados sobre los bienes cedidos, y respecto a las demás comunidades cuyos miembros ejercitaran simultáneamente con los suyos propios el adempribio. Pero los derechos más importantes eran los que correspondían a los comuneros singulares con respecto a la comunidad; y estos derechos se dejaron a merced de aquélla al transformar su derecho de uso colectivo, no en propiedad destinada al uso de los individuos, es decir, en propiedad colectiva, sino en propiedad libre, y fueron inmediatamente sacrificados, obligando a la Administración comunal a vender todos los bienes so pena de reversión al dominio público, suprimiendo con ello la posibilidad de destinarlos voluntariamente al uso de los individuos, como poco después hubo de admitirlo para todas las demás propiedades comunales la ley Municipal y Provincial. La fuerza de las cosas hubo de oponerse a esta ley desconsiderada; la mayor parte de los municipios no pudieron vender, porque no hallaron comprador. Pero los intereses perdurables de los comuneros no fueron más atendidos, ya que, después de varias prórrogas, hubo de modificarse la obligación de vender, y se autorizó a los municipios, por la ley de 18 de Agosto de 1870, para distribuir los antiguos bienes adempribiales en lotes entre los habitantes, mediante una compensación. Pero el caso fué que, tanto respecto a los bienes no repartidos, como en los distribuídos, y así en los enajenados como en los que se entregaron en propiedad a la sociedad constructora de ferrocarriles (que no supo obtener beneficio de ellos y en 1870 los devolvió al Estado), quedaron siempre subsistentes los usos abolidos por la ley (1).

(1) V. acerca de la naturaleza de estos usos la monografía de TODDE, *Ademprivio*, en la *Enciclopedia giuridica italiana*, y en las Exposiciones parlamentarias, singularmente la del senador MAMELI (*Atti del Senato*, Leg.ª 1869, n. 51 bis). Para utilizar los antiguos bienes «ademprivili» y reparar indirectamente el perjuicio sufrido por los usuarios y facilitar a los trabajadores la posesión de la tierra, en la pasada legislatura presentó el ministro CHIMIRRI un proyecto de ley que reprodujo el ministro BOSELLI en la actual. Con motivo de éste, se presentó la Exposición parlamentaria BERTOLINI.

88. Conviene recordar entre las leyes dictadas sobre usos cívicos, y como primera, en cuanto al orden cronológico, la que abolió el derecho de pastos y de leñas en el ex principado de Piombino, provincia de Grosseto. Las leyes italianas de 15 de Agosto de 1867 y 21 de Junio de 1869, no hicieron más que modificar la modalidad de aplicación de los Motuproprii del Gran Ducado de 15 de Julio de 1840 y 11 de Enero de 1845, con los cuales se sancionó el principio de la redención obligatoria por los propietarios, mediante una indemnización a los usuarios, que había de consistir: dos terceras partes del valor de los usos, en una porción de las tierras gravadas (acuartelamiento), y en metálico la tercera parte restante. A la división en cuarteles debía seguir la distribución en tantas parcelas como usuarios, y la entrega de ellas a éstos en plena propiedad. El complemento en metálico de la redención fué destinado a constituir una Caja agrícola con tantas acciones como parcelas, que debían entregarse, también en propiedad, a los usuarios (1).

Harto opuesto fué el sistema seguido para la abolición de los derechos de hierbas y pastos en las provincias de Venecia, Belluno y Udine, por la ley de 2 de Abril de 1882. En compensación a los derechos abolidos, impuso la obligación de pagar al Municipio en cuyo término se ejercitaban, un canon anual equivalente al valor de las hierbas y de los pastos, y dispuso que este canon, o el producto del capital de la redención, lo destinaran los municipios durante treinta años al auxilio de los comuneros más pobres, con preferencia aquellos que gozaban del derecho a las hierbas o al pasto (2). Con ello fueron injustamente beneficiados los municipios, que pudieron considerarse investidos del derecho de uso sólo en cuanto estaban obligados a hacer disfrutar a los comuneros; no se indemnizó a los usuarios, o, a lo sumo, se les entregó una limosna. Y menos aún que a los derechos adquiridos hubo de atenderse a los intereses de la futura población al arrebatarles lo que les podía procurar medios de subsistencia, sin crear, o procurar crearles, otros. Es también de notar en estas disposiciones que la abolición

(1) V. especialmente la Exposición parlamentaria (Capone), *Atti della Camera*, Leg.ª 1865-1866, n. 46 A. El sistema adoptado para el reparto es, en sustancia, el seguido después para el reparto de Mortelo; respetuoso siempre con los derechos adquiridos de los usuarios, y encaminado a facilitar el mejoramiento agrícola con la constitución de pequeña propiedad, a la que se aseguraba desde su origen el auxilio del capital.

(2) V. Exposición ministerial (Miceli) y parlamentaria (Billia) *Atti della Camera*, Leg.ª 1880-81, nn. 140, 140 A.

de esos usos no se decretara como una consecuencia de la redención, sino brusca y perentoriamente, toda vez que desde 1.° de Enero de 1884 era reputado el ejercicio de aquellos derechos como un delito contra la propiedad, y les eran aplicables las leyes penales y de orden público.

Este sistema mismo fué el que siguió la ley de 6 de Mayo del año 1885, que abolió los usos de hierbas y pastos en las provincias de Treviso y de Venecia y el derecho de pastos y de leñas de monte bajo en la provincia de Turín.

89. Merced a las Comisiones parlamentarias y contra el espíritu del proyecto gubernamental, la ley de 24 de Junio de 1888 hubo de inspirarse en distinto criterio para la abolición de la servidumbre de pastos, leña, siembra y *fida* en las antiguas provincias pontificias (1). Esta ley decretó la abolición como consecuencia de la redención, y no fijó un plazo a partir del que el ejercicio de los derechos acarrease responsabilidad civil y penal; la liberación del fundo se decretaba a contar desde el 1.° de Octubre siguiente a la redención; ésta era obligatoria, no facultativa, como lo era en la Notificación pontificia de 29 de Diciembre de 1849; pero su observancia quedaba más asegurada con el interés común de los propietarios y usuarios en que se aplicara la ley, que con la intervención de la autoridad administrativa.

Muy importante es el artículo 2, que declara que se reputarán derivados de título expreso o presunto, y tendrán carácter de servidumbre negativa o prohibitiva, cuantos usos ejercite una población sobre bienes comunales o de propiedad privada, con lo cual se crea a favor de los usuarios la presunción de que su derecho no obedece a mera tolerancia (2). En la primera exposición parla-

(1) Ley parcialmente modificada por la de 2 de Julio de 1891 (texto único promulgado por Real decreto de 3 de Agosto de 1891). V. la Exposición ministerial (GRIMALDI) y los dictámenes parlamentarios (ZUCCONI), *Atti della Camera*, Leg.ª 1882-1886, nn. 270 y 270 A. y Leg.ª 1886-1887, nn. 145 y 145 A. Cons. también VALENTI, *Il rimboschimento e la proprieta collettiva*; CENCELLI PERTI, *Affrancamento dei diritti d'uso nelle provincie ex pontificie* (Roma, 1885, 1887); CIOLFI, *L'abolizione dei diritti d'uso nelle provincie ex pontificie*; FREZZINI, *La legge del 24 giugno, 1888 e le sue modificazioni* (Castelplanio, 1890, 1891) (a).

(a) [La ley de que se trata hubo de ser suspendida con carácter provisional, y en vista de la resistencia que encontró su aplicación, por la ley de 8 de Marzo de 1908.]

(2) V. más atrás número 83 *in fine*. Cons. también número 80 *in fine*.

mentaria se confesó expresamente el propósito de dar a esta presunción el valor de presunción *juris et de jure*, y, por consiguiente, excluir la prueba en contrario, reconocida en términos generales por los §§ IX y X de la citada Notificación pontificia. Pero la exclusión de la prueba en contrario, para ser eficaz, debiera haber estado contenida en el texto de la ley; y de los términos del artículo 2 no puede inducirse más que una presunción *juris tantum*, que, claro es, no puede ser destruída por simples conjeturas o presunciones; pero a la cual sí puede válidamente oponérsele un título escrito, apto para probar la precariedad de la posesión (1).

Este precepto está relacionado con el del artículo 1.°, a virtud del cual las servidumbres son abolidas «con la extensión y en la medida de la última posesión de hecho»; disposición que no ha querido obstruir el camino a las reivindicaciones de los no poseedores del uso contra los dueños que no hubiesen usucapido el derecho que forma el contenido de aquél (2), sino establecer que cuando las pretensiones de los usuarios están fundadas en la posesión, la medida del derecho la da esta posesión actual.

Más notable todavía es el sistema de las indemnizaciones o compensaciones. Por lo general, la indemnización que los propietarios debían dar a los usuarios, consistía en cederles una parte del fundo liberado que alcanzara valor igual al del derecho abolido; cuando no se trata de un puro uso colectivo, sino del derecho a una utilidad que no pueden loa individuos disfrutar inmediatamente, como sucede con el derecho de arrendar, en que el precio lo perciben los representantes de la colectividad para distribuirlo luego entre sus individuos, se da a la indemnización lógicamente la forma de prestación de un canon anual. Cuando la parte del fundo que debe entregarse a los usuarios sea inferior a cuatro hectáreas

(1) Así, Apel. Roma, 10 Julio 1891, *Gazz. proc.*, XXIV, 464; Apel. Macerata, 11 Abril, 1893. (Poblaciones de M. Acuto c. Panichi, Brandi y otros; sentencia inédita). El T. de Apel. de Roma (5 Mayo, 1892, *Temi rom.*, 1892, 225) afirmó «que la posesión no es una presunción de título, si la adquisición del derecho queda excluída por el título invocado», proposición que correctamente debe formularse así: «la presunción que se desprende de la posesión, puede anularse por el título que en su apoyo se invoca».

(2) V. la Exposición BILLIA sobre la ley que extingue el uso de hierbas (cit. en la nota 2 de la pág. 218) de donde procede este precepto y la razón que da de las modificaciones hechas al proyecto ministerial, que tenía el propósito de abolir «el ejercicio actual del *erbatico*».

en las regiones montañosas y a diez en las demás, sufre una excepción el principio de parcelamiento aplicable tratándose de derechos que se ejercitan disfrutando en especie los bienes gravados, pues deja de hacerse la parcelación, sustituyéndola el pago de un canon. Cuando se reconozca que es indispensable a una población o al conjunto de los usuarios el continuar ejercitando el uso, y con tal objeto sea insuficiente la extensión de terreno que haya de cederse con motivo de la liberación, se obtiene el cese de la confusión de derechos en otra forma: el propietario no redime la carga de los usos, sino que se permite a los usuarios consolidar uso y propiedad mediante el pago al propietario de un canon anual. Unos y otros pueden redimir el canon mediante la constitución de una renta anual al cinco por ciento, inscrita en el Gran Libro de la Deuda pública; todo ello según lo prescrito en la ley de 24 de Enero de 1864.

El proyecto ministerial entregaba a los municipios los bienes que los propietarios cedían en compensación al liberarse de los usos que gravaban sus fundos: la Comisión sustituyó a los municipios por «la generalidad de los habitantes»; el ministro hubo de consentir en que sustituyeran a los municipios «los usuarios» sin más detalles, a fin de asegurar sus intereses y con objeto de no crear así un nuevo organismo que no consideraba necesario (1). Y de aquí una ambigüedad, que debió resolver una ley complementaria respecto a las asociaciones a que se transmitían los bienes liberados; pero que no resuelve el proyecto actualmente sometido a discusión en el Senado (2).

Cierto que no estuvo en la mente del legislador atribuir en propiedad los bienes a los particulares que poseían el derecho de uso en el momento de abolirlos; y para demostrar que no hubo tal supresión del derecho colectivo, que pugnaría con los motivos de la ley, bastará recordar que si el artículo 4.º habla de la indemnización que debe abonarse a los usuarios, el 16 dice que la Junta de árbitros debe entregar los bienes al ente o asociación de hecho que con anterioridad disfrutara el derecho redimido; que el artículo 9, apartado 1.º admite la liberación contra el propietario para satisfacer necesidades de una población; que el artículo 16 faculta al Ministro de Agricultura para destinar los bienes en beneficio de

(1) V. Exposición GRIMALDI (al Senado, pág. 4, *Atti del Senato*. Leg.ª 1887-1888, n. 33).

(2) V. nota 2 de la pág. 179.

las clases menesterosas del municipio o del agregado de población, no sólo cuando no existan las asociaciones que disfrutaban del uso, sino también cuando éstas no respondan ya a los fines para que se constituyeron, a juicio de la Junta de árbitros. Si bien la primera de las citadas disposiciones responde al concepto de propiedad colectiva, no suministra elementos bastantes para que podamos afirmar su constitución; pero la segunda claramente excluye que se asigne a los usuarios una propiedad privada, ya que con ella no podrían satisfacerse las necesidades permanentes de una población; y lo mismo hace la tercera, porque si en los bienes liberados se hubiera querido reconocer un derecho a los particulares, se hubiera llamado a los usuarios actuales, cualquiera que fuese su número, y aun cuando su relación no respondiese al primitivo destino. En la Exposición senatorial (1), por último, la propiedad se atribuye a los agregados de población y no a sus habitantes; la verdadera incertidumbre en aplicar la ley podrá ocurrir cuando el uso corresponda a una asociación que no esté fundada exclusivamente en la convivencia territorial; si bien, para mí, una vez probado el uso colectivo, hay que inducir de ello el ejercicio de una función como persona, y, por lo tanto, hay que investir a aquélla de personalidad propia.

A consecuencia de la redención, los bienes entran en el patrimonio del municipio, pero solamente en el caso de que el derecho de uso corresponda a la generalidad de los comuneros, y entran en su patrimonio privado porque, no sólo la ley deja de dar garantías para que se conserven en forma que procure un disfrute directo a los usuarios, sino que expresamente autoriza al municipio para disponer de ellos conforme a la ley Municipal y Provincial. No está admitida, por consiguiente, la existencia de una propiedad vinculada entre la propiedad libre del municipio; y en su virtud, allí donde el uso de *todos* los comuneros grave bienes del mismo municipio y ello hubiera estado garantizado jurídicamente antes de la promulgación de esta ley, por obra de ella debe inmediatamente la propiedad comunal ser liberada de esos usos que ejercía la generalidad de los habitantes; y no puede haber parcelamiento si la propiedad que haya de recibirse como contraprestación por la extinción del uso, debe ir necesariamente a confundirse con la propiedad patrimonial de estas entidades. Pero esta suposición, según he demostrado, no corresponde a la realidad; los municipios, antes de esta

(1) Exp. MIRAGLIA, p. 8 (*Atti del Senato*, Leg.ª 1887-1888, n. 33 A).

ley, estaban en libertad de disponer de los bienes que no se hallaban sometidos a los gravámenes de usos en beneficio de grupos de población singulares, sino a favor de la generalidad de los habitantes (1).

Los principios de la ley que acabamos de examinar fueron aplicados a la abolición del derecho cívico de leñas que sobre fundos privados correspondía a los habitantes de las tierras y castillo de Tatti en la provincia de Massa y Carrara, por la ley de 28 de Febrero de 1892. Según el artículo 13 de la misma, los fundos parcelados deben entregarse a los habitantes de Tatti y en su nombre al municipio de Massa Marítima, el cual regulará las condiciones en que haya de realizarse el disfrute. En este caso, no se constituye una verdadera propiedad colectiva para un grupo de población, sino que se vuelve a consagrar el derecho colectivo de la agrupación sobre bienes que vienen a ser comunales (2).

90. En cambio, están informados en los principios de las leyes que abolieron el derecho de hierbas y de pastos los proyectos de ley sobre el *vagantivo*, derecho que correspondía a algunas poblaciones de Venecia y de Rovigo de vagar por terrenos incultos y húmedos para recoger cañas y otros productos naturales de los predios, cazar y pescar. La existencia de estos derechos de «vagantivo», era y es un impedimento permanente al buen cultivo de los fundos gravados, que al pasar de comunales a propiedad privada están en condiciones de ser saneados y cultivados. Hay que pensar, por consiguiente, en suprimirlos, pero no enriqueciendo a los propietarios en perjuicio de los usuarios, que es lo que en sustancia hizo el Decreto lugartenencial de 9 de Agosto de 1811, al abolir el «vagantivo» sobre los terrenos mejorados, reservando una acción para ser indemnizados a los usuarios, que podrían ejercitarla ante los tribunales ordinarios si se creyeran con aquel derecho: reserva irrisoria, por la incertidumbre de obtener semejante indemnización, que no compensaría además la pérdida del uso; y porque habría de obtenerse a costa de un litigio que los titulares del «vagantivo» ni estaban, ni están en situación económica de promover. En realidad, el Decreto no hizo más que exasperar la resistencia de los perjudica-

(1) V. nota 1 a la pág. 165.

(2) En esta ley hay otras disposiciones relativas a la abolición de la servidumbre de leñas ejercitada recíprocamente por los propietarios en sus respectivas fincas, mediante el pago de un canon anual a los derechohabientes.

dos y su oposición a los trabajos de saneamiento, llegando a exaltar el concepto de sus derechos hasta pretender un condominio sobre los fundos gravados; de aquí la necesidad de nuevas medidas, para abolir con distinto sistema de compensación los derechos que todavía subsisten sobre los fundos que no han sido desecados, y para modificar retroactivamente el derecho a indemnización en que por razón del Decreto se ha transformado la facultad extinguida al realizarse la mejora; mas este nuevo sistema de compensaciones, que ha originado una larga serie de proyectos no aprobados aún por el Parlamento, implica una carga para los propietarios, y no da seguridad alguna a los intereses de los usuarios, porque se reduce, como ocurrió con las leyes sobre el derecho a las hierbas, a la obligación de pagar un canon a los municipios donde se ejercitan o se ejercitaban los usos (1).

(1) Sobre el «vagantivo», véanse los escritos citados en la nota 1 a la pág. 156; entre las Exposiciones sobre proyectos de ley, véase especialmente la última Exposición parlamentaria (MARIN) *Atti della Camera*, Leg.ª de 1889-90, n. 76 A.

LIBRO SEGUNDO

CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO

91. Fuentes del usufructo. El juez no puede constituir usufructos.

91. Según el artículo 478, el usufructo puede constituirse por la ley o la voluntad del hombre (a). Nótese la diversidad entre ésta y la distinción que hace el artículo 532, según el cual, puede constituirse la servidumbre predial por la ley o por actos del hombre (b). El artículo 532 contrapone la servidumbre derivada inmediatamente de la ley a la servidumbre que nace de un hecho cualquiera autorizado por la ley para engendrarla. La servidumbre puede originarla, tanto el acto de quien intencionalmente sujeta a ella un fundo propio («título»), como un hecho del propietario que no ha sido encaminado a este fin (destino del padre de familia), o el hecho de otro propietario que la ejerza, sin derecho, sobre un fundo que no le pertenece (prescripción adquisitiva). El artículo 478, en cambio, contrapone el usufructo derivado de la ley al que nace por voluntad del hombre; esto es, por un acto voluntario encaminado a su constitución, que no puede ejecutar sino el propietario mismo, o un acto al cual concurra éste: testamento, división, donación, reserva del usufructo en la donación o en la enajenación de la propiedad, recibiendo un equivalente, o el contrato en que se le otorga a otro el usufructo mediante un equivalente también. Dedicaré al estudio de estas fuentes del usufructo los dos primeros capítulos del presente libro; el primero, a la constitución del usufructo por acto de última voluntad; el segundo, por acto *inter vivos*. Hay que considerar como usufructo derivado de la ley, tanto el que lo es inmediatamente, como aquel otro que se origina en un hecho distinto del negocio jurídico, o sea en acto intencional del propietario luego que la ley haya dado capacidad a este acto para la cons-

(a) [Cfr. art. 468 del Cód. esp.]

(b) [Comp. art. 536 del Cód. esp.]

titución de tal usufructo. La primera clase de estas otras fuentes del usufructo la estudiaremos en los tres capítulos siguientes: en el tercero, la atribución del usufructo a los padres sobre los bienes de sus hijos menores; en el cuarto, el que corresponde al cónyuge en la sucesión del premuerto; en el quinto, la atribución del usufructo al poseedor del fideicomiso sobre la parte reservada por la ley desvinculadora a los primeramente llamados. En el capítulo sexto trataremos de la adquisición del usufructo que mediatamente reconoce la ley por actos ajenos a la voluntad del propietario, o sea por prescripción. De la ley también, e inmediatamente de ella, procede el derecho, semejante al usufructo, que se atribuye al Rey sobre el patrimonio de la Corona, de que hablaremos en el capítulo séptimo; pero se trata de una ley que representa la voluntad del Estado, propietario de los bienes del patrimonio real. En el capítulo octavo hablaremos del usufructo de los beneficiados, cuya fuente está en la voluntad de las autoridades eclesiásticas y laicas y de los patronos a quienes corresponda la colación de los beneficios eclesiásticos, o bien en la ley que lo reconoce a los investidos de los beneficios suprimidos, o que lo reserva a los ecónomos en los beneficios vacantes.

Además de los usufructos constituídos por voluntad del propietario o por ministerio de la ley, el Derecho romano conoció también un usufructo constituído por la autoridad judicial en los juicios divisorios (1). Nuestro Derecho, como el francés, no reconoce esta forma de constitución del usufructo. Si los coherederos, u otros partícipes de la comunidad, no llegan a un acuerdo para dividir amistosamente los bienes comunes, cosa que puede realizarse también entregando a uno el usufructo y a otro la propiedad de los mismos, así como mediante adjudicación a uno de la propiedad plena y al otro de un equivalente en dinero; requerida la autoridad judicial para que realice la partición, no puede hacer más que distribuir los bienes entre los partícipes en el estado en que se encuentren, o venderlos en pública subasta y distribuir el precio. Habría necesidad de un precepto legal expreso que facultase a la autoridad judicial para alterar la naturaleza del derecho de los comuneros sobre los bienes comunes y sustituir al derecho de propiedad, que es un valor

(1) GAYO, 6, § 1 D. *De usufr.* VII, 1; JUL., ap. ULP., 16 § 1 D. *Fam. ercisc.*, X, 2; ULP., 6 § 10 D. *Comm. divid.*, X, 3 (a).

(a) [En el Derecho español anterior al C. c. se admitía también, con el nombre de *usufructo judicial*, el constituído por sentencia firme en los juicios divisorios de cosas comunes que no tuvieran fácil división. (SANCHEZ ROMAN, III, p. 477.]

cierto, el de usufructo de los bienes, aleatorio, porque depende de la incertidumbre de su duración; ese precepto no existe en nuestro Código, y el citado artículo 478 prohibe implícitamente otras fuentes de usufructo que las que él señala. Además, las normas que los artículos 986 y siguientes dan para la partición judicial de herencia, y que según el 684 son aplicables a la división de cualquiera otra forma de comunidad, indican taxativamente el camino que ha de seguir el juez, y no admiten que, para satisfacer los intereses de los comuneros, separe el usufructo y la propiedad (a). El artículo 994 (b) sólo sugiere criterios para formar los lotes; de suerte tal, que en lo posible se componga cada uno de «la misma cantidad de bienes muebles, inmuebles, derechos o créditos de igual naturaleza y valor»; y aunque permite que se altere la composición de los lotes y que se adjudique a cada uno derechos de naturaleza distinta, esto únicamente puede aplicarse respecto a los derechos ya constituídos e incluídos en la masa de bienes partibles, pero no autoriza a formar lotes desemejantes constituyendo derechos nuevos. Precisamente el artículo 988 (c) dispone claramente que si los inmuebles no admiten división cómoda, se vendan en pública subasta; la idea de partición equivale a la formación de lotes de naturaleza igual a la del todo, y si con respecto a un patrimonio o parte de él puede comprender también la adjudicación de derechos diversos sobre los mismos bienes, referida a una cosa o a un derecho determinado no puede comprender más que adjudicaciones de partes de la cosa misma o del mismo derecho. Por lo tanto, el artículo 988 no autoriza al juez para una tercera hipótesis en la división de los inmuebles, que han de repartirse tal como están, o distribuyendo el producto de la venta. Más aún: el 995 dispone que se compense la desigualdad de los lotes con un equivalente en renta o en dinero, y esto es una nueva prueba de que el derecho de uno de los interesados no puede integrarlo la adjudicación de un derecho real sobre bienes adjudicados a otro (1).

(a) [También en Derecho español, los arts. 402, 404 y 1.062 del C. c. proveen de solución distinta a los casos de división de cosa común.]

(b) [Cfr. art. 1.061 del Cód. esp.]

(c) [Cfr. art. 1.062 del Cód. esp.]

(1) Esta doctrina no es contradicha por la jurisprudencia francesa ni por la italiana. Sin embargo, hubo algunos escritores franceses que creyeron ver la posibilidad de constituir el usufructo mediante adjudicación judicial, dentro de la vigencia del Código de Napoleón: SALVIAT, *Tr. de l'usufruit* (1816), t. I, p. 17; MAVILLE, *Analys. du code* (1821), ad art. 579.

CAPÍTULO I

LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA DE USUFRUCTO

§ 1. CARACTERES DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA DE USUFRUCTO Y APLICACIÓN A ELLA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES SOBRE DISPOSICIÓN Y ADQUISICIÓN DE LOS LEGADOS.

SUMARIO: 92. La disposición testamentaria de usufructo es una disposición a título particular, aun cuando tenga por objeto un patrimonio o una cuotaparte de él. - 93. Aplicaciones del carácter de legado que tiene la disposición testamentaria de usufructo universal. - 94. Validez de la constitución del usufructo. Usufructo legado a incapaces, mediante persona interpuesta. - 95. Eficacia de la constitución. Ineficacia del legado de usufructo cuando la cosa perece o se transforma. - 96. Condiciones jurídicas y modalidades voluntarias del legado de usufructo. - 97. Adquisición del usufructo legado. Modo y tiempo para la adquisición. - 98. Objeto de la adquisición. Adquisición inmediata del derecho real de usufructo. - 99. Adquisición mediata de la propiedad legada bajo término *a quo*. Adquisición mediata del derecho de usufructo sobre cosas pertenecientes a un tercero, al heredero o a un legatario sujeto a gravamen. 100. Adquisición mediata por voluntad del disponente. Legado de usufructo por el copropietario de la cosa. - 101. Renuncia al legado. Adquisición de la posesión. - 102. Disposición testamentaria de usufructo en favor del heredero.

92. Es conveniente que empecemos el estudio de las formas de constituir el usufructo por aquella que fué la primera históricamente y que es hoy aún la más general, o sea, la disposición testamentaria.

Puede dejarse en testamento el usufructo de una o más cosas determinadas, o un patrimonio entero, o una cuotaparte de éste. Y ahora comencemos por investigar si estas disposiciones testamentarias tendrán carácter distinto según la diversidad de objetos en que puede consistir el usufructo, y si cuando esta disposición de usu-

fructo comprenda una universalidad de bienes, hemos de reputarla como una institución de heredero, o bien, si ha de tener el carácter de disposición a título particular, cualquiera que sea el objeto de la disposición, que es como opina nuestro Código. Según el artículo 760 de éste (a), se consideran disposiciones a título universal las que comprenden la totalidad o una parte alícuota de los bienes del testador. Pero el usufructo de todos los bienes, o de una parte de los mismos, no constituye una cuotaparte de aquéllos; porque toda cuota debe ser numéricamente determinada de un modo cierto, con relación al todo, y la relación entre el usufructo y el conjunto de los bienes no puede ser representada por un número, porque es fundamentalmente variable e incierta. Para fijar el valor de una parte alícuota, no hay que acudir a otros elementos, ajenos a la cifra numérica que la expresa, y al valor del patrimonio, que es un simple múltiplo de la cuota; en cambio, para fijar el valor del usufructo de un patrimonio o del usufructo de una cuota de él, es preciso fijar además la relación entre el valor capital y el valor renta, y hacer un cálculo de probabilidades sobre la duración del usufructo (1), y, precisamente, es la certidumbre y la sencillez de la relación entre la cuota y el patrimonio lo que posibilita asignar a los llamados a recibir la cuota, una posición jurídica igual a la que gozan los llamados a recoger el patrimonio entero. Los derechos y las obligaciones de aquéllos pueden regularse en relación a la existencia jurídica del patrimonio como unidad, siempre que se conserve la íntima y evidente conexión de la parte que reciben con la unidad del patrimonio.

También se distingue el usufructo de un patrimonio o de una cuota, de aquellos legados que tienen una determinación absoluta e independiente de la totalidad del patrimonio; pues la determinación del usufructo depende de dicho patrimonio, si bien están con él en relación distinta de la en que está la cuota. Esta es la causa de que a los beneficiarios se exija que contribuyan al sostenimiento de las cargas de la herencia, como ordena el artículo 509 (b); pero esta contribución viene impuesta al usufructuario precisamente porque no está obligado a ello a título de sucesor; y esa imposición confirma que la ley no lo considera sucesor a título universal; por lo demás, la limitación a que está reducida su contribución en las

(a) [Cfr. art. 660 del Cód. esp.]

(1) V. acerca de esto el c. I. del l. IV.

(b) [Cfr. arts. 508 y 510 del Cód. esp.]

cargas, es incompatible con el carácter de sucesor a título universal; en cambio, no es incompatible esta limitada contribución con la cualidad de legatario, porque, así como la ley con carácter supletorio la impone al usufructuario de un patrimonio, así la voluntad privada puede también imponerla en mayor o menor grado a cualquier legatario. Cierto que en el usufructo de un patrimonio hay también un elemento aleatorio; pero es riesgo distinto al inherente e inseparable del usufructo, y que falta en el usufructo particular, como falta en todos los demás legados. El disfrute que corresponde al usufructuario de un patrimonio se extiende a cuanto exceda de la masa hereditaria, luego de pagadas las deudas y otros legados, y acrece con el producto de todas aquellas disposiciones particulares que se invaliden o queden sin efecto: carácter común con la sucesión universal (1) y que no es específico de ésta; porque no es más que la consecuencia de aquella falta de determinación absoluta e independiente que es propia, pero que no lo es exclusivamente de ella, de toda adjudicación de un patrimonio o de una cuota.

Por otra parte, si, según la regla del artículo 851 (a), de que me ocuparé en el § 3.°, es ineficaz la adición de un término extintivo en las disposiciones a título universal, habremos de deducir la consecuencia de que, disposición que implica necesariamente un término extintivo, como va implícito en todo usufructo, no puede ser considerada como disposición a título universal. Y no porque sea incompatible la representación sucesoria con la adjudicación de un derecho temporal; le ley no supedita la representación hereditaria a la conservación de un derecho perpetuo sobre la masa, y el heredero no deja de serlo por transformar su derecho perpetuo en uno temporal, permutándolo con un usufructo o constituyéndose una renta vitalicia, sino porque es incompatible con el concepto que tiene nuestro Derecho de la representación hereditaria la temporalidad de ésta; no puede ser que quien responde total o parcialmente de las obligaciones del difunto, deje de responder de ellas al vencer cierto término; porque la responsabilidad temporal no sería, en realidad, una responsabilidad, total o parcial, pero absoluta; sino una responsabilidad limitada por la cuantía de la masa hereditaria, como sucede en el caso del heredero con beneficio de inventario. Y responsable temporalmente, no sólo, por tanto, de un

(1) ULPIANO, 178, § 1 D. *De verb. sign.*, L. 16.

(a) [El Cód. esp., por el contrario, admite el término, tanto suspensivo como resolutorio, en la intitución de heredero (art. 805).]

modo parcial, sino limitadamente, es el usufructuario de un patrimonio o de una cuota de él, aunque su derecho temporal se transforme en uno perpetuo al enajenar el usufructo; por eso, es responsable para con el heredero; pero no puede serlo respecto a tercero ni puede investírsele de la representación hereditaria (1).

93. En razón a ser legatario el llamado a usufructuar un patrimonio o una cuota de éste, a semejanza del usufructuario de cosa específica, debe pedir a los herederos que le pongan en posesión de

(1) Con las cuales consideraciones queda destruída la especiosa argumentación de CIMBALI *(La nuova fase del diritto civile*, n. 194) que deduce la posibilidad de atribuir la cualidad de heredero al usufructuario de un patrimonio, de la posible transformación del usufructo en derecho perpetuo. Pero casi todos los demás escritores italianos opinan como queda expuesto. V. BORSARI, *Comm.*, §§ 1615-1616; PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. VII, n. 176; PAOLI, *Succ. test.*, n. 142; GIORGI, *Obbl.*, t. VI, nn. 344 y siguientes; RICCI (t. III, nn. 2, 308, 72) señala de un modo equívoco y contradictorio el carácter de la disposición a título universal, atribuyendo la cualidad de heredero al cónyuge supérstite que recibe el usufructo; de esta proposición constituye la necesaria premisa la que antes combatimos. La doctrina francesa está dividida. Opinan como nosotros TOULLIER, t. III, n. 432 y DUVERGIER, en las notas a TOULLIER, *eod.;* PROUDHON, *Usufruit*, t. I, n. 486; MARCADÉ, ad art. 1.010; COLMET DE SANTERRE, t. IV, n. 157 bis; DEMOLOMBE, *Don. et test.*, t. IV, nn. 586, 587; AUBRY Y RAU, § 714, n. 19. Pero entre los equívocos que origina la distinción entre legatarios universales y a título universal, que en la mente de los redactores del Código de Napoleón debía servir para reservar la posesión legal de los bienes a la persona que, entre las llamadas en testamento, recogía la totalidad de los mismos (V. TROPLONG, *Disp. entre vifs et test.*, n. 1.767), se cuenta el de rehusar la cualidad de *legatario universal* al usufructuario de un patrimonio o de una cuota, sin perjuicio de reconocerle la condición de *legatario a título universal*, que implica la representación jurídica del difunto frente a los terceros: DURANTON, t. IX, n. 208; TROPLONG, *op. cit.* n. 1.848; LAURENT, t. VII, nn. 23, 24; DELVINCOURT, t. II, ps. 91-92, not. 13 y siguientes, etc. La cuestión se complica por el distinto concepto que la doctrina tiene de la relación que hay entre el difunto y el legatario a título universal (v. la nota 2 de la página siguiente). En nuestra jurisprudencia, v. las sentencias citadas en las notas del n. siguiente; afirma que el usufructuario universal es un legatario, Cas. Roma, 6 de Abril de 1887 (*Legge*, 1887, 1, 796); y también, aunque para deducir erróneas consecuencias sobre la ineficacia del legado de cosa propia del usufructuario que ignorase el testador que le pertenecía, Apel. Palermo, 4 de Mayo de 1878 *(Giur. it.*, XXX, 2, 649). Afirman que es un sucesor a título universal, Apel. Parma, 19 de Octubre de 1869 *(Giur. it.*, XX, 2, 920) — v. más

los bienes (art. 863) (b), porque a virtud de una ficción legal los herederos se consideran en posesión de todos los bienes hereditarios (art. 925) (c); no puede ejercitar acción alguna contra los deudores de la herencia o contra terceros detentadores si no hubiera pedido a los herederos la entrega de los bienes (cosa que también puede hacer encartándolos en la demanda misma, dirigida principalmente contra terceros), o si no aparece de algún acto de los herederos que hubieran éstos consentido en ello (1). Si fuera heredero el usufructuario universal, estaría directamente obligado al pago de las deudas del difunto, aun cuando el pasivo de la sucesión superase al activo; y no sólo no está obligado *ultra vires* (2), sino que ni aun lo está en la proporción del valor del usufructo que recibe, pues sólo responde en la cuantía que taxativamente le impone la ley en el artículo 509 (d), salvas las restricciones o extensiones que

---

adelante el capítulo IV — y Cas. Palermo, 30 de Diciembre de 1892 (*Foro*, 1893, 1, 604); v., sobre esta última, el n. 96 (a).

(a) [En nuestra Patria ve SÁNCHEZ ROMÁN confirmado el carácter o título particular del usufructo en el precepto del art. 793, párr. 2.°, que permite que pueda *legarse* a cualquiera el usufructo, uso o habitación, sin que, por consiguiente, pueda estimarse como heredero al que obtenga su disfrute, ni importe para el caso, ya que el artículo no establece distinciones, la mayor o menor extensión que al derecho se conceda, la que no alcanza a variar su condición jurídica. Esta es también — añade dicho tratadista — la doctrina del T. S., que si bien no ha declarado de un modo categórico la incompatibilidad de los términos *heredero* y *usufructuario*, ha dicho lo bastante en algunas de sus sentencias (singularmente las de 9 Marzo 1886 y 16 Enero 1889) para comprender la diferencia que establece entre ambos conceptos (*Estudios de Derecho civil*, t. VI, págs. 609 y 610).]

(b) [Cfr. art. 885 del Cod. esp.]

(c) [Cfr. art. 440 Cód. esp.]

(1) Así Cas. Roma, 22 Mayo 1876 (*Legge*, 1876, 1, 585); *contra:* Apel. Trani, 16 Mayo 1876, *Annali*, 1876, 2, 455, partiendo de la premisa errónea de que el usufructuario universal sea sucesor a título universal también.

(2) De la doctrina francesa que reconoce al usufructuario universal carácter de legatario a título universal, se desprenden consecuencias distintas de las que surgirían en nuestro Derecho si fuese reconocido heredero; la primera, respecto a la investidura legal de la posesión, de que está excluído el legatario a título universal (V. art. 1.011); después, acerca de la responsabilidad *ultra vires* que, a lo menos una parte de esa doctrina, no impone ni al legatario a a título universal ni aun a los mismos legatarios universales si concurren con herederos legitimarios (V. AUBRY y RAU, § 723, n. 6). Por otra parte, según TROPLONG (ob. cit., nn. 1.840, 1.848, 1.857 y otros muchos), el legatario a título universal responde *ultra vires;* el usufructuario de un patrimonio es un legatario a título universal. No acierto a descubrir cómo pueden deducirse tales conclusiones de estas premisas, ni sé cómo podrá evadirse quien llama heredero al usufructuario universal.

(d) [Cfr. arts. 508 y 510 Cód. esp.]

haya dispuesto el testador. Pero de estas obligaciones no responde directamente a los acreedores de la herencia, con los que ninguna relación inmediata tiene como sucesor que es a título singular, sino que lo hace ante los herederos (1); por consiguiente, los acreedores no pueden accionar contra el usufructuario de un patrimonio más que ejercitando la subrogatoria prevista en el artículo 1.234 (a), y el usufructuario puede oponerles, además de las excepciones que le correspondan personalmente, todas cuantas corresponderían al heredero (2). Por otra parte, acreedores y legatarios no necesitan más que dirigirse contra el heredero propietario para que sean reconocidos sus derechos y poder ejercitarlos (3).

Si la disposición de usufructo universal tuviera el valor de una vocación hereditaria, cuando quedase ineficaz por premoriencia, incapacidad o renuncia del llamado, no redundaría en beneficio de los demás herederos, sino de los legítimos, a tenor de lo previsto terminantemente en los artículos 879-882 (b). En cambio, es muy cierto que, como en cualquier legado que caduca, y para el cual no ha sido designado un sustituto, disfrutan de él los herederos tácita o expresamente gravados, y el usufructo queda consolidado en la propiedad que les haya sido adjudicada (4). Debe reconocerse también la irrevocabilidad de la renuncia que haga el llamado al usufructo universal; en tanto que, si fuese heredero, según el artículo 950, podría aceptar, aun después de la renuncia, cuando no hubiera aceptado, mientras, otro de los derechohabientes y recibido la parte vacante (5). Por último, en razón a ser un legatario el usufructuario universal, el heredero debe levantar todas las cargas que ocasione la ejecución de la disposición testamentaria que contiene el llamamiento (6).

---

(1) Apel. Turín, 22 Junio 1875, *Legge*, XV, 1, 688; Apel. Venecia, 2 Noviembre 1888, *Legge*, 1888, 2, 771.

(a) [Art. 1.111 del Cód. esp.]

(2) Cas. Turín, 29 Noviembre 1882, *Cas. Torin.*, 1882, 2, 604; Apel Trani, 9 Abril 1883, *Annali*, 1883, 2, 572.

(3) Cas. Turín, 9 Diciembre, 1881, *Foro it.*, 1882, 1, 446; Apel. Venecia, 2 Noviembre 1888, *Legge*, 1888, 2, 771.

(b) [Arts. 891 y siguientes del Cód. esp.]

(4) Cas. Milán, 29 Enero 1862, *Giur. it.*, 1862, 1, 192.

(5) V. más adelante n. 101.

(6) El T. de Apel. de Turín, 10 Junio 1882, *Giur. it.*, 1882, 2, 752, análogamente impone al heredero la obligación de satisfacer los gastos que ocasione la prestación del usufructo al cónyuge supérstite.

Por el contrario, es perfectamente ajena a la calificación que se dé a la disposición testamentaria de usufructo, la facultad de instar la partición de bienes que asiste al usufructuario de parte alícuota. Este está en comunidad de disfrute con los demás usufructuarios de parte alícuota, cuando existen, y con los que tienen el pleno dominio de las demás cuotas; y, por lo tanto, y aun cuando carezca del carácter de coheredero, puede pedir la terminación de la comunidad. En relación análoga puede hallarse también el usufructuario de cosa singular, si el usufructo está limitado a una parte indivisa de ella o si el usufructo sobre toda se asigna conjuntamente a varias personas. En este caso también puede deducir demanda de división; pero ésta difiere sustancialmente de la de partición hereditaria, porque no se dirige a constituir derechos que se desmembren del dominio sobre cosas singulares o sobre partes singulares de la cosa misma, sino que, independientemente de la propiedad, determina qué cosas, o parte de ellas, deben ser objeto del usufructo.

Esta cuestión, como la referente a las obligaciones del usufructuario universal, la analizaremos convenientemente en el libro tercero, al estudiar el contenido del usufructo, el usufructo de un patrimonio y el usufructo de parte indivisa del mismo. Pero importaba señalar qué alcance tiene la asignación del carácter de legado a la disposición testamentaria de usufructo universal.

94. La constitución testamentaria del usufructo está sujeta a las prescripciones generales sobre constitución de legados; y para juzgar de su validez, importa, ante todo, examinar si el testamento está ajustado a las formas exigidas por la ley, si el constituyente tiene capacidad para testar y si el beneficiado posee capacidad para recibir por testamento (artículos 762 a 804) (a).

Pretende algún autor que el legado de usufructo no se invalida porque el legatario sea una de aquellas personas qne se reputan interpuestas para procurar que lleguen a un incapaz las liberalidades; porque no puede darse verdadera interposición de personas para transmitir al incapaz el objeto de la liberalidad sino cuando el objeto es transmisible, y el derecho de usufructo no lo es (1). Pero, por las razones que veremos a su tiempo, yo sostengo que en Derecho vigente puede cederse también el derecho de usufructo;

(a) [Arts. 662 y siguientes del Cód. esp.]

(1) PROUDHON, *Usufruit*, t. I, n. 14.

y la doctrina que reconoce la transmisibilidad únicamente del ejercicio, legitima esta misma conclusión, porque con la transmisión del ejercicio podría disfrutar de la liberalidad el incapaz, que es lo que quiere impedir la ley, no que los bienes hereditarios tengan una u otra cualidad o posición jurídica. Nada prueba el argumento sacado del artículo 1.970 del Código francés (1.791 del Código italiano) (a), que declara nula la renta vitalicia constituída a título gratuito en favor de persona incapaz, porque lo que hace la ley no es más que referirse a las normas anteriores sobre incapacidad, y en manera alguna excluye que se estime nula la constituída en favor del cónyuge, de los ascendientes o de los descendientes del incapaz. Por lo tanto, sólo deja de presumirse la interposición cuando se trata de la constitución de un derecho de uso o de una pensión alimenticia (1).

Y asimismo hay que atenerse a los principios generales, comunes a las demás clases de legados, para apreciar si existe voluntad sincera, efectiva y libre en el disponente (arts. 337, 827, 828, 836) (b); si en la disposición están bien determinados la persona del beneficiario y el objeto de la liberalidad (arts. 829-835) (c); si tiene o no validez el legado de cosa ajena (art. 837) (d) (2); en qué condiciones puede ser válido el legado de cosa perteneciente al heredero o a otro legatario gravado con el usufructo (art. 838) (e) (3), y por qué es nulo el legado de cosa perteneciente al legatario (art. 843) (f). Pero si el disponente fuese cesionario de un usufructo constituído en favor de un tercero, puede legarlo válidamente al titular de la nuda propiedad de la cosa usufructuada, y se producirá la consoli-

(a) [No tiene equivalente en el Cód. esp.; pero véase el precepto general del art. 755 de este último.]

(1) Pacifici-Mazzoni, *Successioni*, t. II, n. 184.

(b) [V. artículos 673, 767 y 773, en relación con el 789 del Cód. esp.]

(c) [V. artículos 750 y 772, en relación con el 789 del Cód. esp.]

(d) [Artículos 861 y 862 del Cód. esp.]

(2) Y así se ha resuelto que el legatario del usufructo de un inmueble que el testador creía pertenecerle, pero sobre el que, en realidad, sólo podía alegar un crédito por haber satisfecho una parte del precio de aquél, carecía de derecho para reclamar el usufructo sobre el inmueble, ni aun siquiera los frutos de la parte de que era aún acreedor el testador (Apel. Nápoles, 15 de Abril de 1879, *Gazz. proc.*, XIV, 225).

(e) [Artículos 863 y 864 del Cód. esp.]

(3) V., además, *infra*, el n. 99.

(f) [Artículo 866 del Cód. esp.]

dación del usufructo con la propiedad. Salvo en este caso, no puede ser objeto de legado un usufructo ya existente; en cambio, sí puede legarse la propiedad de una cosa cuyo usufructo pertenezca al heredero o a un tercero, y disponer que se la estime transmitida con liberación del usufructo (1).

En cambio, y las estudiaremos en el § 5, existen reglas especiales para garantizar las facultades de los legitimarios contra la violación de sus derechos mediante disposiciones que puedan separar el usufructo de la propiedad; y un principio especial, no una aplicación de los que limitan en el tiempo la autoridad del disponente e impiden ordenar las sucesiones de los propios sucesores, es el que prohibe las disposiciones testamentarias de usufructo sucesivo, el cual, como ya hubimos de advertir en el n. 18, y aún mejor lo hemos de ver en el § 4, es distinto de la sustitución fideicomisaria.

95. Puede válidamente anularse el legado y puede hacerse ineficaz por un hecho posterior a su constitución (arts. 884-894) (a). A tenor de los artículos 892 y 893 (b), cuando la cosa legada experimente una transformación tal que pierda la forma primitiva y la

(1) Si el usufructo pertenece a un tercero, el heredero debe liberarlo o pagar su valor al legatario cuando el testador lo haya ordenado así expresamente (art. 839); el Derecho romano resolvía la cuestión muy diferentemente (PAP., 66, § 6, *De legat.*, 2, XXXI; cons. WINDSCHEID, *Pand.*, § 654, n. 16), porque para la validez del legado de cosa ajena bastaba con que el testador conociese la condición jurídica de ella y no era necesario que lo declarara taxativamente. Si el usufructo pertenece al heredero, debe entenderse, al igual que en Derecho romano (PAP., 76, § 2, *eod.)*, y salvo indicación de voluntad distinta, que el heredero había de entregar la propiedad plena (arg. art. 838); en cambio, no está obligado a entregar el fundo legado libre de las servidumbres que puedan gravarlo en beneficio de otro de su propiedad. Es una cuestión de interpretación; pero se justifica la opinión expuesta, porque no se presume que el testador quiera alterar la relación jurídica existente entre los fundos, en tanto que es natural que, así como dispone de las cosas propiedad del heredero, pueda igualmente disponer de un usufructo suyo, que es un elemento independiente de su patrimonio. Esto corrobora el razonamiento expuesto más atrás (nn. 44-45) sobre la radical distinción existente entre usufructo y servidumbre; y no es muy afortunado, ciertamente, el razonamiento de los que sostienen la distinción entre usufructo formal y causal (v. más adelante n. 106), porque lo que en la l. 76 se considera *instar portionis* es un verdadero usufructo *in re aliena*.

(a) [Artículos 737 y siguientes y 869 del Cód. esp.]

(b) [Artículo 869 del Cód. esp.]

antigua denominación, y la haya realizado el testador, esto implica la revocación del legado; y es éste ineficaz si en vida del testador perece la cosa totalmente. Se deduce de estos preceptos que, si la transformación se debe a fuerza mayor o al hecho de un tercero, conserva su eficacia el legado y recae sobre la cosa ya transformada; si la cosa perece parcialmente nada más, el legado surte sus efectos limitados a la parte que subsista. Un caso de transformación es el de la tela que se convierte en un vestido, un solar en que s edifica (1); perece totalmente el derecho de crédito cuando prescribe, un mobiliario cuando se quema, un fundo rústico cuando el río lo invade y deviene cauce; hay un caso de extinción parcial cuando se derrumba la mitad de un edificio. Si al perecimiento sobrevive alguna cosa, sin el nombre ni la forma del objeto perecido, pero susceptible de procurar alguna utilidad, jurídicamente no podrá decirse que hubo perecimiento parcial, porque los restos no son, jurídicamente, parte de la cosa; pero contra lo que, generalmente, opina la doctrina (2), yo sostengo que, ni aun así, se puede considerar totalmente perdido el objeto, y que, en cambio, debe reconocerse una transformación, y, por lo tanto, persiste la eficacia del legado sobre el remanente, siempre que el autor de la transformación no fuera el testador. Domina en la doctrina corriente una restricción arbitraria del concepto de transformación, viendo ésta si la primitiva cosa se cambia en otra nueva porque se le agregue algo, como en el solar sobre el que se construye un edificio, y negándola en los casos en que la transformación no altere la materia de que está compuesta la cosa y sólo cambie la disposición de sus partes, como cuando el edificio se destruye y queda reducido al solar y los materiales. Y aun incorrectamente convierte en casos de pérdida parcial los de transformación, como los rebaños reducidos a una o varias cabezas, que, indudablemente, son cosas útiles, pero que no son rebaños ya, como el solar y los materiales no son el edificio. Las reglas de los artículos 892 y 893 pueden encerrarse

(1) No es caso de transformación si se amplía un edificio o se construye donde ya existía otro, o si en un fundo rústico se alza un edificio que no había. Estas adiciones están comprendidas en el legado sin necesidad de disposiciones nuevas, ya que no provienen de nuevas adquisiciones: art. 847; conforme a los textos romanos, no cambiaba la identidad del fundo por estas adiciones procedentes de adquisiciones nuevas, y, por tanto, podía ampliarse tácitamente y tácitamente revocarse el legado: JAV., D. *De leg.*, 2.°, XXXI.

(2) PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, t. VII, n. 115; BORSARI, § 1.933; RICCI, t. III, n. 370.

en el siguiente principio: el acto de voluntad que determina la constitución de un legado sigue teniendo eficacia, sean cualesquiera los cambios que sobrevengan en el objeto, mientras subsista una parte útil de él; para privarle de eficacia hay necesidad de un nuevo acto de voluntad, y éste puede ser resultado de la transformación de la cosa por parte del disponente. Sólo acaba la eficacia del acto de voluntad cuando perece totalmente la cosa; y entonces es necesario otro acto voluntario para que el heredero esté obligado a satisfacer al legatario el valor de la cosa perecida. La opinión que sostiene que, perecida la cosa legada, no tiene derecho el legatario a los restos útiles de la misma, estaría justificada si de los preceptos del Código pudiera deducirse un principio opuesto al indicado: el principio de que el acto de voluntad determinante de la constitución del legado recae sobre el objeto en su individualidad, y, por lo tanto, deja de tener eficacia cuando el objeto la pierde en cualquier forma que sea (con lo cual habría que ir determinando caso por caso en qué consiste esa individualidad del objeto, a la cual ha sido dirigida la voluntad). Pero el artículo 892, que prevé expresamente la revocación del legado a causa de la transformación voluntaria, declara implícitamente, por el contrario, que las transformaciones que no procedan de la voluntad del disponente no privan de eficacia a la disposición.

Esta doctrina está confirmada por lo dispuesto en el artículo 520 (a), según el cual, en el caso de perecimiento de un edificio no comprobamos los caracteres de aquella *pérdida total* que implica la extinción del usufructo conforme al artículo 515.

Precisamente de esta disposición es de la que debe inducirse que la causa de ineficacia del legado de usufructo está subordinada a los principios mismos que influyen en los demás legados. Porque si nuestra ley abandona el principio del Derecho romano, aceptado por la mayor parte de las legislaciones vigentes, y rechaza una limitación tácita en el acto constitutivo del usufructo que extinga sus efectos cuando la cosa resulte incapaz de procurar al usufructuario la clase de utilidad que anteriormente le procuraba, tenemos que pensar que rechaza igualmente una limitación tácita que prive de efecto al legado cuando la transformación se realice con anterioridad a la apertura de la sucesión. Claro está que la transformación voluntaria implica la revocación tácita del legado de usufructo, como de todos los demás legados.

(a) [Concuerda con el art. 517 del Cód. esp.]

En cambio, el Código francés, que declara extinguido el usufructo constituído sobre el edificio con sólo que perezca éste, resulta lógico al reconocer una causa de extinción del legado de usufructo en el hecho de su destrucción anterior a la muerte del testador (1). Conviene recordar, además, que en el Código francés falta un precepto análogo al nuestro del artículo 892, y que, por consiguiente, con arreglo a aquél, puede afirmarse que, aparte de la revocación tácita, la transformación de la cosa priva de efectos al legado cuando la voluntad del disponente hubo de resolverse en contemplación a una cierta forma de la cosa misma (2); principio que, a diferencia del que informa el precepto de nuestro Código, deja ancho campo al arbitrio, y que si no justifica, puede explicar al menos resoluciones que no aceptamos (3).

96. Una de las causas de ineficacia de las disposiciones testamentarias es, por regla general, la premoriencia del llamado por el testador. Nuestro Código ha admitido una excepción importante reconociendo a los descendientes del premuerto llamado o del incapaz, el derecho a suceder en su representación en los casos en que ésta se daría en la sucesión legítima del testador. Pero por disposi-

---

(1) PROUDHON, *Usufruit*, t. I, n. 42.

(2) TROPLONG, *Donat. et testam.*, ad art. 1.042.

(3) Así como la de que la reducción a pocas cabezas de los animales dejados en usufructo produzca la caducidad del legado o la de que esta caducidad derive de la construcción de un edificio en el solar dejado en usufructo, siendo así que, de otra parte, se reconoce que esta transformación no motiva la extinción del usufructo ya constituído, ni ejerce influjo alguno cuando se trata de legado de propiedad. V. PROUDHON, *op. cit.*, t. I, nn. 43, 45, t. IV, n. 2.563. La resolución segunda se razona diciendo que el derecho de propiedad es inherente esencialmente al suelo, y lo es a la superficie el derecho de usufructo; y que, por lo tanto, con la sustitución de una superficie por otra pierde su objeto el usufructo. No hay necesidad de repetir que para nuestro Derecho es indiferente que se construya sobre el solar, a menos de que lo realice el disponente, porque entonces produce la revocación del legado de usufructo y del de propiedad. Los nuevos principios de los artículos 520 y 892 no permiten acudir a la autoridad de las fuentes romanas, cuya casuística sobre esto es, además, muy difícil de encerrar en ciertos principios reguladores (Cons. SINTENIS, *d. praktische Civilrecht*, § 212, n. 12); v. ULPIANO, 5, §§ 2, 3, D. *Quibus modis*, VII, 4; POMP., 81 *eod.*, 22, 24, § 4, D. *De leg.*, 1.° XXX; ULPIANO, 44, §§ 2-4 *eod.*; GAYO, 65, § 2 *eod.*; JAV., 39, D. *De leg.*, 2.° XXXI; CELS., 79, § 2, D. *De leg.*, 3.° XXXII; PAULO, 88 *eod.*

ción expresa del artículo 890 (a) no se admite la representación de los llamados al usufructo. Esta limitación no es una consecuencia inevitable de la intransmisibilidad hereditaria del usufructo; pudiera la ley haber atribuído a los descendientes del legatario la facultad de recibir inmediatamente en su lugar el derecho que no podían recibir a través o por mediación de él; pero la justifican dos razones obvias: la primera, que no procede una compensación como en los casos en que el derecho de representación está reconocido, porque sin él perderían la posibilidad de suceder al llamado, y la segunda, porque el trasladar el derecho de usufructo a los descendientes del legatario equivaldría, por lo común, a prolongar la privación del disfrute de los bienes más allá de lo que el testador tuvo en cuenta con respecto al llamado a recibir la propiedad. Queda así, por consiguiente, sujeta la eficacia del usufructo, al igual que la capacidad en esta materia, a la regla general de la supervivencia del legatario al disponente.

Esta supervivencia constituye una *conditio juris* del legado de usufructo. También es inherente al legado de usufructo la limitación temporal de su eficacia a la duración de la vida del legatario (art. 515) (b), o a la expiración de los treinta años cuando se trata de legado en favor de una persona jurídica (art. 518) (c) (1). Si quien lega el derecho de usufructo es un cesionario de él, puede ampliarse así su eficacia más allá de la vida del legatario, esto es, por la vida entera del primitivo usufructuario. En este caso no es de aplicar el principio sentado en el último inciso del artículo 890, y resurge la posibilidad de que los descendientes representen al legatario. Pero aquí no se trata de constituir un usufructo mediante legado, sino de disponer de un usufructo ya constituído; y conforme a la doctrina que solamente reconoce la cesión del ejercicio del usufructo, lo que se lega en este caso no es el usufructo, sino un derecho de obligación (2).

Puede la voluntad del disponente modificar en varias formas la eficacia del legado, bien restringiendo su duración, como cuando señala un término final, bien aplazando el comienzo de su ejercicio fijando un término para ello, bien subordinando a una condición la

---

(a) [Comp. art. 761 del Cód. esp.]
(b) [Cfr. art. 513 Cód. esp.]
(c) [Art. 515 Cód. esp.]
(1) V. l. V, c. I y II.
(2) V. l. IV, c. III.

existencia o resolución del usufructo. La limitación vitalicia del usufructo inclina ya a reconocer la limitación voluntaria con un término cierto o incierto, como lo autorizaba el Derecho romano clásico cuando no estaba permitido señalar un plazo final al constituir las relaciones jurídicas (1). Por el contrario, la intransmisibilidad por herencia del usufructo excluye que pueda aplazarse su comienzo hasta la muerte del legatario (2). Podrá haber una simple resolución del usufructo; esto es, que cesarán sus efectos en el porvenir cuando la pérdida haya de depender de un suceso futuro e incierto; y en el artículo 850 (a) encontramos una aplicación textual de esta interpretación al decir que el legatario de usufructo, para el caso y por el tiempo en que haya de mantenerse célibe o viudo, sólo puede disfrutarlo mientras permanezca en estos estados (3). No hay obstáculo alguno para disponer que, al realizarse el hecho futuro e incierto, además de quedar extinguido el usufructo, pierda el titular de éste los beneficios que haya obtenido y devuelva el valor de los frutos percibidos (4). No puede imponerse la prohibición de contraer primeras o ulteriores nupcias, de suerte tal que el infringirla acarree la resolución del legado de usufructo con efecto retroactivo

---

(1) ULPIANO, 1, § 3, D. *Quando dies ususfr.*, VII, 3; 16, § 2, D. *Fam. erc.*, X, 2; POMP., 6, D. *De us. leg.*, XXXIII, 2. Como además advierte DEGENKOLB (*Platzrecht u. Miete*, § 6), la limitación temporal arbitraria del usufructo no es una consecuencia obligada de la duración vitalicia que le es natural. En los *Fragm. vatic.*, § 50, queda huella de la divergencia de opiniones sobre la posibilidad de limitar a un cierto tiempo el usufructo que se constituyese detrayéndolo de la propiedad que se enajenaba; y puede razonarse también que en su origen no parecía menos inadmisible para el usufructo, derecho absoluto, aunque intransmisible por herencia, de lo que lo era para los demás derechos.

(2) PAULO, 5. D. *De us. leg.*, XXXIII, 2. Esto, en cuanto al término; que no se le pueda, en cambio, suspender, mediante una condición simultánea a la muerte del legatario, no es regla especial del usufructo; en nuestro Derecho rige para todos los legados de cosas que no son fungibles (V. más adelante n. 124).

(a) [Cfr. art. 793 del Cód. esp.]

(3) Semejante limitación ha de ser expresa; no puede conjeturarse, como lo ha hecho el T. de Apel. de Génova (20 de Marzo de 1868, *Gazz. trib. Nap.*, XXII, 580) respecto de un legado de usufructo a la esposa, por el hecho de que el disponente dejaba hijos. Es ésta una resurrección muy especial de las inducciones arbitrarias de los antiguos escoliastas (V. el § 2) para favorecer los intereses de la prole.

(4) Acerca de la condición resolutoria en general y su diferencia del término extintivo incierto, véanse *infra* los números 118 y siguientes.

más o menos extenso. Además, esta prohibición constituye una condición ilícita a tenor del artículo 850; y el autorizar el legado de usufructo para el caso y por el tiempo de celibato o de viudez no quiere decir que sea inaplicable este principio al legado de usufructo, sino únicamente que este último puede limitarse en cuanto al tiempo y asignarle la duración de tales estados. Por lo demás, es obvio que semejantes limitaciones están justificadas frecuentemente por la consideración de necesidades inherentes únicamente a aquellos estados, y que, por otra parte, el miedo a dejar de disfrutar de ese beneficio, y sobre todo tener que devolver cuanto se ha recibido y ha sido invertido o consumido en un período de tiempo bastante largo, disminuye la libertad de cambiar de estado. La condición de viudez únicamente está permitida y puede ser adicionada al legado de usufructo en las disposiciones testamentarias hechas por un cónyuge en favor del otro; y puede establecerse, tanto para limitar la duración, como para privar total o parcialmente de los efectos ventajosos de aquél al legatario que falte a ella. Esta forma de resolución puede, por otra parte, originar para el legatario un derecho a ser reintegrado en la posición jurídica que hubiese perdido a causa de la adquisición del usufructo (1).

Como el usufructo puede ser limitado en cuanto al tiempo de ejercicio, cabe constituir distintos derechos de usufructo para diferentes períodos de tiempo a favor de diversas personas o llamar a éstas alternativamente en varias épocas. Tampoco hay razón para excluir la forma de disposición que atribuya el disfrute a una sola persona por períodos diversos de tiempo; aparecerá así dicha persona investida de derechos distintos, tanto respecto al momento de la delación como en cuanto a las causas y efectos de la extinción; pero siempre a base de que haya una división sustancial y no meramente formal del tiempo de disfrute; y que entre un período y otro medie un intervalo en que pueda disfrutar de la cosa su propietario. Carecería de eficacia una división formal, como la que supondría el usufructo diario, mensual, anual del Derecho romano, en el que se transmitía al legatario un a modo de derecho nuevo en el

---

(1) Así Cas. Palermo, 30 de Diciembre de 1892, *Foro*, 1893, 1, 604; de esta sentencia rechazo los fundamentos, porque para llegar a excluir la aplicación del artículo 850, otorga al usufructuario de todos los bienes el carácter de sucesor a título universal. GABBA, en una nota a dicha sentencia, niega la admisibilidad de la condición resolutoria en toda clase de legados, y en el caso del usufructo, la condición la considera término (V. más adelante n. 120).

momento mismo en que cesaba el preexistente, sin que el disfrute sufriese interrupción. Las disposiciones mediante las que simultáneamente, en un momento mismo, cesa y recomienza el derecho de usufructo, son disposiciones contradictorias que recíprocamente se aniquilan y dejan que subsista un mismo y continuo derecho de usufructo; porque desde el momento en que mediase una causa de extinción, terminaría para no resurgir jamás (1). También hay que rechazar resueltamente la eficacia de la repetición expresa del legado de usufructo para el caso de cesar por cualquier causa, o sea de un nuevo legado de usufructo condicionado a la extinción del primitivo legado. Ello motivaría la constitución de un derecho de usufructo sustraído a las causas de extinción que señala la ley imperativamente (2) para tutelar la propiedad.

Relacionada con la condicionalidad del legado está la sustitución vulgar, o sea la vocación de un segundo legatario subordinada a la ineficacia del llamamiento en favor del primero (art. 895) (a), y las reglas relativas a ella no ofrecen dificultad particular alguna al aplicarlas al legado de usufructo.

97. Y hablemos ahora de la adquisición del usufructo legado.

El momento en que el legatario (y en nuestro Derecho también los descendientes que puedan representar al legatario premuerto o incapaz) está en expectativa cierta de adquirir el legado, es distinto lógicamente del momento en que efectivamente lo adquiere. El primero constituye la *delación* y el segundo el momento de la *adqui-*

---

(1) El legado de usufructo *in dies, menses, annos singulos* hubo de ordenarse a semejanza del legado de renta anual, que huyendo de aquel principio jurídico antiguo según el cual no se podía señalar un término al derecho que se constituía, era considerado derecho perpetuo a la renta (dotando al gravado de una *exceptio)* o como hubo de preferirse hacer (PAULO, 4, D. *De ann. leg.*, XXXIII, 1; ULPIANO, 10. D. *Quando dies*, XXXVI, 2), se interpretaba como un conjunto de derechos a la prestación anual. Constituía una repetición tácita del usufructo para el caso de extinción y precisamente se escogió esto para realizar el propósito del disponente y sustraer también el usufructo a la extinción que el Derecho antiguo prescribia en los casos de *minima capitis deminutio* y en el desuso anual o bienal. V. más atrás n. 40.

(2) CUYACIO, *Observ. et emend.*, l. XIV, c. 17 ad JUN. MAUR., 23, D. *De us. leg.*, XXXIII, 2 (edic. Nápoles, t. III, c. 402-403), ya notaba que en la repetición expresa del usufructo había ínsito un fraude a una ley de orden público.

(a) [Art. 774 Cód. esp.]

sición del legado. Por regla general, la delación del legado posibilita que el heredero del legatario subentre en el lugar de éste y adquiera el legado; la adquisición efectiva hace posible que el legatario o su heredero disfruten y ejerciten el derecho legado. Por consiguiente, de ordinario el momento de la delación determina la adquisición del derecho a transmitir el legado a los herederos.

La delación del legado ocurre en el momento de la muerte del testador o de la apertura de la sucesión, salvo que aquel mismo haya dispuesto suspender la delación, no la adquisición, hasta que ocurra un hecho futuro e incierto, o sea que la haya subordinado a una condición suspensiva (artículos 867, 853, 854) (a). Para la adquisición instantánea del legado no hace falta una declaración de voluntad de adquirir por parte del llamado; basta con la falta de expresión de voluntad de no adquirirlo. Lo mismo en el Derecho romano que en el actual, no es necesaria su voluntad para que pueda efectuarse la adquisición, que es posible aun sin conocimiento del llamado, y si con posterioridad renuncia, se considera no hecha la adquisición.

En Derecho romano era necesaria la adición de la herencia para la adquisición del legado, porque si el heredero testamentario no adquiría la herencia, quedaba ineficaz el testamento, salvo la responsabilidad por la omisión fraudulenta, y además de esto podía diferirse la adquisición hasta el vencimiento de un término; por consiguiente, en general, no coincide el instante de la adquisición con el de la delación (1). En cambio, en nuestro Derecho es independiente la eficacia de las disposiciones testamentarias singulares (2), y como la delación es el único requisito para adquirir, en los

(a) [V. artículos 880, 881, 799 y 759 del Cód. esp.]

(1) Coinciden cuando el heredero es necesario (y, por consiguiente, no hay necesidad de adición), cuando, tratándose de legado condicional, se cumpla la condición después de hecha la adición y en el caso del usufructo y de otros derechos inherentes a la persona del legatario; v. más adelante la nota 3 a la página 245.

(2) Por consiguiente, el cambio de regla está justificado, aunque no se estime cambiado el modo de adquisición de la herencia y se opine que la transmisión *ope legis* de la posesión hereditaria, no lleva consigo la adquisición *ope legis* del derecho hereditario, sino que la aceptación expresa o tácita corresponde en sustancia a la adición romana, cosa que no podemos aquí discutir. Véase en este sentido GABBA, *Retroattività delle leggi*, p. III, l. III, c. 3; PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, t. V, nn. 13 y siguientes. *Contra:* MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, 2, II, s. III, 1.

legados no sujetos a término inicial, puros o condicionales, coinciden los dos momentos. Únicamente para los legados con término *a quo* sufre retraso la adquisición efectiva y existen dos momentos distintos lógica y temporalmente (1).

Para el legado de usufructo nunca ha tenido esta importancia la distinción entre delación y adquisición, porque el legatario carece de derecho para transmitirlo a sus herederos ni antes ni después de adquirirlo. Y como quiera que si el legatario no lo recibe queda ineficaz completamente el legado, no puede decirse que tenga cierta esperanza de adquirirlo hasta el momento en que sea posible adquirirlo efectivamente; esto es, según nuestro Derecho, hasta el momento de la apertura de la sucesión en los legados puros o no sujetos a término, o con el cumplimiento de la condición de la cual esté pendiente el legado (2) o al llegar el término fijado al efecto; y según el Derecho romano, en el momento de la adición de herencia o cuando se realiza la condición o vence el término, si esto se verifica después de adida la herencia. O dicho de otro modo: todo legado de usufructo queda condicionado, no sólo a la supervivencia del legatario al testador, sino además al hecho de que el beneficiario viva al cumplirse la condición o llegar el término inicial que se fijó al legado (y en Derecho romano, además, a la circunstancia de sobrevivir a la adición de la herencia) (3). Unicamente cuando hay

(1) Por eso, en el Derecho vigente es más precisa que en el Derecho romano la oposición entre *cedere* y *venire diem legati;* el *venire diem* se refiere a la adquisición aplazada por un término, y el retraso en la adquisición del legado diferido es independiente de la existencia de término. V. ULPIANO, 7, pr. D. *Quando dies leg.*, XXXVI, 2.

(2) Así se ha resuelto que, dispuesta la restitución del usufructo al cónyuge supérstite a quien los herederos no habían pagado puntualmente la pensión asignada en sustitución de la cuota legal, hay una constitución condicionada de usufructo, y que desde el día en que dejó de pagarse la pensión, sin necesidad de constituir en mora al heredero obligado a pagarla, existe un usufructo sobre los bienes que le han sido adjudicados en la partición, usufructo eficaz aun contra los terceros poseedores (Apel. Casale, 30 Octubre 1887, *Giurisprudenza casal.*, 1887, 332).

(3) Por eso afirma ULPIANO, 3 D. *Quando dies leg.* XXXVI, 2: *nam cum ad heredem (ususfructus) non transferatur, frustra est si ante (aditam hereditatem vel diem ex quo) quis diem ejus cedere dixerit.* V. ULPIANO, 1, § 3, 4 D. *Quando dies ususfr.*, VII, 8. Acerca de los principios de Derecho romano aquí invocados, véase la clara exposición de GOSCHEN, *Vorlesungen*, §§ 1.044-1.046. Cons. también WINDSCHEID, *Pand.*, §§ 642, 643; KELLER, *Pand.*, § 572.

varios legatarios en el mismo usufructo pueden darse en tiempos distintos la delación y la adquisición a causa del derecho de acrecer (1).

98. Puede ser objeto de legado un derecho real o un derecho de obligación contra el heredero; lo que en la forma y en el momento que acabamos de exponer adquiere el legatario del usufructo es el derecho mismo de usufructo, como normalmente es la propiedad u otro derecho real lo que adquiere, si tales son los objetos del legado. El antiguo Derecho romano distinguía el ordenamiento de los legados, más bien que con arreglo a la naturaleza del derecho que se proponían atribuir al legatario, según la manera como aseguraban la adquisición de este derecho; y a un lado colocaba aquellos que se lo atribuían inmediatamente, y a otro, los que procuraban esta adquisición mediante el heredero; que en definitiva, fueron los que prevalecieron, a virtud de leyes dirigidas a asegurar la ineficacia de disposiciones ambiguas; pero del Derecho precedente sólo conservó Justiniano aquellas normas que en todo caso aseguraban la responsabilidad personal del heredero para con el legatario como representante del disponente, y restituyó a los legados que tenían por objeto derechos reales la facultad de transmisión inmediata al legatario (2). La importancia de la atribución inmediata del derecho real no consiste únicamente en el poder que adquiere el legatario de ir directamente contra los terceros detentadores de la cosa legada, sino en que con ello se priva al heredero de la posibilidad de disponer de la cosa desde el momento mismo en que se adquiere el legado; adquisición que se efectúa de pleno derecho y antes, incluso, de que lo ejercite el legatario. Cuando se le considera nada más que como un acreedor del heredero, queda al arbitrio de éste y de sus acreedores impedir la actuación específica de la voluntad del disponente (3).

Cree la doctrina dominante que en el Código francés y en el nuestro se conservan los principios del Derecho justinianeo, y que el legado de la propiedad, del usufructo y de otros derechos reales, inclusive el de crédito preconstituído a la disposición, o sea, un crédito propiedad del disponente, está atribuído inmediatamente al

(1) V. más adelante n. 133.

(2) Con la l. 1, C. *Comm. de leg.*, VI, 43.

(3) Comp. *Motive zu d. Entw. ein. bürg. Gb. f. d. Deutsche R.*, t. V, págs. 123 y siguientes.

legatario, aunque se le dote además de una acción personal subsidiaria contra el heredero (1): doctrina que no puede apoyarse en texto alguno expreso, y menos, y especialmente, en el artículo 862 (1.040 del Cód. francés) (a), que invocan muchos de los escritores mencionados, y que no contiene más que una determinación equívoca acerca de la naturaleza del derecho atribuído al legatario, necesariamente ambigua, porque lo que el artículo pretende fijar es el momento en que se defiere, no el en que se adquiere el legado (b); y se refiere, de otra parte, al momento en que se defieren, tanto el legado de derechos reales, como los que tienen exclusivamente por objeto una obligación del gravado. Pero la justifica, aparte de la tradición jurídica imperante en la época en que se promulgó el Código de Napoleón, un principio general que se induce de los artículos 710, 759, 760 y 827 de nuestro Código: el carácter de sucesión a título particular del legado y el poderse, por sucesión, transmitir y adquirir la propiedad y los demás derechos reales sobre las cosas (c); principio análogo al resultante de los artículos 711, 895 y 1.002 del Código francés, de que la propiedad se transmite y adquiere por donación y por testamento. Ahora bien; si el legado se limitase a imponer una obligación a los herederos, no sería un efecto del legado la transmisión de los derechos reales: la transmisión se operaría, de un lado, entre el testador y el sucesor a título universal; y por otro lado, mediante acto *inter vivos* entre el sucesor a título universal y el legatario. La exactitud de esta doctrina la prueba, más bien que las palabras de la ley, el silencio de ésta, porque si hubiera querido adoptarse el sistema contrario a la adquisición inmediata del derecho real por el legatario, hubiera sido menester empezar por declarar que el legado de cosa cierta y determinada no significaba sino la obligación personal del heredero de entregar dicho objeto al legatario, quedando aquél investido mientras tanto de un poder directo sobre los bienes por virtud de

(1) V. PROUDHON, *Usufruit*, t. I, n. 387; TOULLIER, t. III, n. 582; TROPLONG, *Disp. testam.* n. 1.875; AUBRY Y RAU, § 722; BORSARI, § 1.860; PACIFICI-MAZZONI, t. VII, n. 52, etc.

(a) [Es concordante el art. 881 del Cód. esp.]

(b) [En el Cód. español hay una declaración explícita acerca de la adquisición de los legados de propiedad en el art. 882, a cuyo tenor, cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere.]

(c) [Cfr. arts. 609, 660 y 667 del Cód. esp.]

la vocación testamentaria y por ministerio de la ley; y también hubiera sido preciso indicar cómo podía reclamarse y cómo se había de efectuar la expresada cesión de derechos. Al contrario de esto, la ley inviste al heredero (art. 925) (a) única y expresamente de la posesión de las cosas hereditarias. Y el precepto que, como necesaria consecuencia, faculta al legatario para exigir de aquél la posesión (art. 863) (b), excluye que el heredero deba transferir sólo la posesión y no el derecho.

Nuestro Código contiene, respecto al Código francés, una variación importante que reafirma el principio sentado: el precepto de que en el instante de la adquisición del legado, y antes de pedir la entrega del mismo, son de cuenta del legatario los intereses y los frutos de la cosa legada, cuando el legado consiste en un fundo, un capital u otra cosa fructífera (art. 865) (c). La atribución de los frutos al legatario puede ser independiente del derecho real que le corresponde y estar dirigida a regular en su beneficio el vínculo obligatorio que media entre el heredero y él. El Proyecto de Código civil alemán, § 1.878, impone al heredero la obligación de satisfacer intereses al legatario que no es titular de un derecho real y que, por tanto, necesita que aquél le ceda el derecho (d). En nuestro Código, según la interpretación predominante (1), y como no distingue el artículo 865, el heredero debe intereses aun tratándose de legado de cosa ajena o de cosa del propio heredero, cuya propiedad o usufructo no adquiere por el hecho de la sucesión el legatario (e). Pero si a éste debe dársele más de lo que le corresponde por derecho de accesión como a propietario o a usufructuario (artículos 444 y 479) (f), adolece de incoherencia el sistema del Código francés, que le niega los frutos aun en el caso de atribuirle un derecho real (2).

(a) [Cfr. art. 440 Cód. esp.]

(b) [Cfr. art. 885 Cód. esp.]

(c) [Comp. art. 882 Cód. esp.]

(d) [V. el § 2.184 del Cód. alemán vigente.]

(1) PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, t. VII, n. 80.

(e) [El art. 882 del Cód. esp. sólo atribuye los frutos al legatario cuando el legado es de cosa propia del testador.]

(f) [Arts. 354 y 471 del Cód. esp.]

(2) LAURENT, *Princip.*, t. XIV, n. 69. Sólo cuando estaba investido de un derecho real tenía derecho el legatario a los frutos en el Derecho romano; v. ARNDTS, *Fortsetz. von Glück's Pand.*, t. XLVIII, ps. 341 y siguientes.

99. Para que el legatario adquiera, al abrirse la sucesión o cumplirse la condición o el término, el derecho real de usufructo, es necesario que éste sea el objeto de la liberalidad y que el disponente *haya podido y querido atribuirle directamente tal derecho real.* Esta atribución directa hay que excluirla, en primer lugar, cuando se lega la propiedad sujetándola a un término inicial, porque está en contradicción completa con el concepto del derecho de propiedad el que pueda concebirse (como habría necesidad de hacerlo al pretender que el legatario adquiere la propiedad con el advenimiento del término y solamente con éste) que en tal momento se extinga la propiedad que debió adquirir el heredero o el legatario gravado al abrirse la sucesión. Alguna vez podrá ser interpretado el término *a quo* en el sentido de suspender la atribución al legatario, no de la propiedad, sino del disfrute, y, por lo tanto, encerrando una tácita reserva del usufructo a favor del gravado. Cuando aparezca clara la intención del disponente de que hasta la llegada del término tenga la propiedad el gravado, como quiera que no puede estar en sus facultades dar vida a una limitación temporal del derecho de propiedad que es esencialmente perpetuo, al realizar el acto mismo constitutivo, deberá inferirse que lo que quiso fué imponer la obligación personal de transmitirla al advenimiento del término (1).

Asimismo no adquiere inmediatamente el legatario el derecho de usufructo que le haya dejado el disponente sobre cosa perteneciente a un tercero, aunque sea válida la disposición, si en el testamento declara el *de cuius* saber que la cosa pertenece a otro (artículo 837) (a), porque el testador carece de potestad sobre la cosa ajena y, por consiguiente, *no puede* transmitir poder alguno; el legado entonces no tiene por objeto el derecho de usufructo, sino la

(1) Muchos autores no han rehusado reconocer esta figura híbrida de la propiedad a término como consecuencia directa del legado *ex diem;* como SINTENIS, *üb. sog. Revocabilität d. Sachenrechte (Giess. Zeitschrift*, XX, 2); GÖSCHEN, *Vorlesungen*, § § 220, 1.047; o como consecuencia directa del legado *ad diem*, KARLOWA, *d. Rechtsgeschäft*, § 19. El argumento textual más importante para reconocer una propiedad a término en el Derecho justinianeo, lo toman de la transformación del rescripto de DIOCLECIANO, *Fragm. Vat.*, § 283 en la l. 2 C. *De donat. quæ sub modo*, VIII, 54. APPLETON *(Hist. de la propr.*, t. II, ps. 176 y siguientes), explica que la donación de propiedad por cierto tiempo es válida, constituyendo con el derecho perpetuo una obligación personal de restitución; PFLUGER *(üb. d. Begr. d. Eigent.*, en *Arch. für civ. Pr.*, t. 78, p. 402) sostiene que constituye, no un derecho de propiedad, sino de usufructo.

(a) [Cfr. art. 861 del Cód. esp.]

obligación del heredero de procurar éste al legatario; y por razón del legado no adquiere, por tanto, más que la facultad de exigir del heredero que satisfaga su obligación adquiriendo del propietario y entregándole el usufructo o satisfaciéndole su valor; el usufructo, pues, no se constituye a causa del legado, sino por voluntad del heredero, y mediante un acto *inter vivos* entre éste y el propietario.

Tampoco *puede* disponer directamente el testador de cosa perteneciente al heredero o al legatario a quien desee gravar con un segundo legado; sobre ella no tiene derecho y, por consiguiente, no puede procurar su adquisición a otros; con su disposición puede única y válidamente conferir respecto al heredero o primer legatario un derecho de obligación para la entrega de la propiedad o del usufructo (art. 838) (a). Este derecho de obligación cuya fuente es una disposición testamentaria, y que tiene por causa otra, a saber, la disposición con la que son beneficiados el heredero o el primer legatario, lo adquiere inmediatamente el legatario (1); pero no tiene ni puede adquirir el derecho de usufructo sino por voluntad del heredero o del primer legatario propietario. En este caso, el gravado no tiene, como en el caso anterior, la facultad de satisfacer la obligación que le incumbe, con prestación distinta de la dispuesta por el testador; esto es, pagando al legatario el valor de la propiedad o del usufructo; y si no lo hace espontáneamente, debe ser condenado a entregarlos. Sin embargo, no puede ser condenado a entregar al legatario la cosa legada, porque, en puridad, el derecho a la entrega se funda o sobre un derecho real al que no se opone otro contrario, real o personal, del detentador de la cosa, o sobre un derecho de obligación que tenga precisamente por objeto la entrega de ella. Ahora bien: el legatario no tiene un derecho real hasta que se lo haya transferido el gravado, y su derecho personal no tiene por objeto la entrega de la cosa, sino la transmisión del derecho

---

(a) [Cfr. art. 863 del Cód. esp.]

(1) ARNDTS, en la ob. cit. en la nota 2 de la pág. 248 (vol. XLVI, ps. 59 y siguientes), demuestra que en Derecho romano el legado de cosa perteneciente al heredero no transmitía la propiedad al legatario. Para nuestro Derecho, v. PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, t. VII, n. 49, contra la sentencia del T. de Cas. de Turín de 10 Octubre 1871 *(Giur. tor.*, IX, 21), que aprueba la tesis opuesta. En nuestro Derecho, en donde la adquisición del legado no está subordinada a la aceptación de la herencia, este fallo incurre además en la incongruencia de subordinar en este caso la adquisición a la aceptación.

real sobre ella. El reconocimiento por el juez de la obligación de transmitir es muy distinto del reconocimiento que haga de una transmisión ya efectuada, como aquel que contenga, por ejemplo, la sentencia que declare la validez de un contrato traslativo de derecho real, y no puede sustituir a la voluntad del propietario, que es requisito esencial de la transmisión. Por ello sólo puede ser indirecta la coacción para el cumplimiento de esta obligación en forma específica: la condena a entregar la propiedad o el usufructo comprende la de resarcir al legatario del daño sufrido si la prestación no se acomodó al interés que tenía en que fuese hecha.

100. En otros casos el disponente *no quiere* atribuir directamente el derecho real; que es lo que resulta, más en particular, del legado alternativo (arts. 874-875) (a). Si alternativamente se lega el usufructo y la propiedad de una misma cosa o de cosas diversas, o alternativamente el usufructo de cosas diversas, todas propiedad del testador, se remite la constitución del usufructo para después de la elección, y aquí también la sentencia que condenase al gravado, sólo indirectamente podría constreñirlo a la prestación del usufructo.

De estas dos reglas, o sea de los efectos de una disposición con la que el disponente o no *pueda* o no *quiera* atribuir directamente el derecho real, tenemos una aplicación en el legado de cosa indeterminada comprendida en un género o especie; por virtud del mismo, el legatario adquiere, igualmente, un derecho personal contra el heredero (art. 849); el derecho de propiedad — y eventualmente, porque también esto es posible, el derecho de usufructo — lo adquiere por acto *inter vivos* del heredero después de hecha la elección (arts. 870-873) (b).

Por lo tanto, sólo cuando el disponente tenga la propiedad de la cosa y haya legado simplemente el usufructo de la misma, individualmente determinada, adquiere el legatario inmediatamente el derecho real. Y todavía, cuando se trata de cosa mueble, esta adquisición puede impedirla la posesión de buena fe que un tercero tome de la cosa (art. 707) (c); tratándose del usufructo de bienes inmuebles, el derecho real está garantizado por completo y *erga omnes* al legatario, sin necesidad de que éste deba ni pueda siquiera pu-

(a) [Art. 874 del Cód. esp.]
(b) [V. arts. 875 a 877 del Cód. esp.]
(c) [V. art. 464 del Cód. esp.]

blicar la adquisición (1); en cambio, cuando ésta es mediata, como en cualquier otra por acto *inter vivos*, y, como veremos en el capí-

(1) Únicamente el usufructo de inscripciones nominativas anotadas en el Gran Libro de la Deuda pública carece de eficacia si no se sienta de una manera precisa y especial, tanto en la inscripción como en el resguardo (ley de 10 de Julio de 1861, art. 26). Para hacer esta anotación hay necesidad de exhibir y depositar en la Dirección de la Deuda pública la autorización legal, que, según el artículo 3.º de la ley de 11 de Agosto de 1870, ap. D, es una resolución del Tribunal del lugar en que la sucesión ha sido abierta. Si se impugna el legado, la Dirección de la Deuda puede rechazar la anotación cuando se base en una resolución dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, y puede exigir para hacerlo una sentencia firme (art. 20 de la ley de 10 de Julio de 1861). Las inscripciones nominativas de la Deuda pública son los únicos bienes a que nuestras leyes garantizan, a la perfección, la certidumbre de su propiedad, aun en las transmisiones *mortis causa*, porque exigen la prueba judicial para ello de una manera análoga a como se obtiene en el sistema legal austriaco para toda clase de bienes, mediante sus modalidades de juicio sucesorio. Pero tampoco basta con la resolución judicial para hacer la anotación; para realizarla, se necesita tener a la vista, no sólo la inscripción, sino el certificado, siendo preciso pedir la posesión de éste al titular de la inscripción y consignar su consentimiento, que puede darse por escrito, por declaración sentada en los Registros de las oficinas de la Deuda o en la Administración de Hacienda por el titular mismo, o su representante, o por acta notarial (ley citada arts. 18 y 19; Reglamento de 8 de Octubre de 1870, arts. 99, 106); claro está que el consentimiento del titular puede suplirlo una sentencia. El legado de usufructo de una inscripción de la Deuda, bien sea particular o esté comprendida en el legado universal de usufructo sobre un patrimonio, no da, por consiguiente, al legatario más que un derecho de obligación contra el heredero; la adquisición del derecho real de usufructo, eficaz contra el Estado deudor y contra los cesionarios de las inscripciones está subordinada a la anotación. Debo de advertir aquí por anticipado que el principio fundamental de nuestro Derecho de que el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario no padece modificación alguna respecto al usufructo de inscripciones nominativas por el artículo 25 de la citada ley de 10 de Julio de 1861, que presupone la existencia de una relación de usufructo «a favor de una persona o sus causahabientes»; y ordena que no pueda tener una duración mayor de treinta años. En la *Instrucción ministerial para el régimen del Gran Libro de la Deuda pública (Istruzione ministeriale sull'ordinamento del gran libro)* (Florencia, 1876), § § 97 y siguientes, se advierte bien que, «a diferencia del verdadero derecho de usufructo de que se ocupa el Código civil, que es inherente a la persona del usufructuario, y no puede pasar a sus herederos, el disfrute de la renta, cuando no sea meramente vitalicia *(sic)* (a), puede durar un cierto tiempo después de la muerte del usufructuario en favor de sus herederos o causahabientes». Pero la separa-

(a) [Indicación del propio autor. N. del T.]

tulo II de este Libro, sólo queda asegurado completamente el derecho real del legatario con la transcripción del acto constitutivo contra

ción del disfrute y la propiedad de la renta, según los principios más sólidos del Derecho civil, no es concebible más que con la constitución de un usufructo. El titular de la renta no puede investir a otro de la facultad de exigirla por su propio derecho más que cediéndole la propiedad o el usufructo; y si conserva la propiedad, el derecho del cesionario está necesariamente limitado por la duración de su vida. En la redacción de la ley de 1861, según aparece de la discusión parlamentaria *(Atti della Camera*, sesiones de Mayo de 1861), preocupó que no se infringiera ninguno de los principios de las diferentes legislaciones civiles que regían aún en el nuevo reino, y entre éstas se hallaban el Derecho común, que admitía el usufructo hereditario, y el Código austriaco, cuyo § 129 reconocía la constitución de servidumbres personales transmisibles a los herederos. Si al promulgar el Código civil se hubiera querido conservar un principio de Derecho especial para la duración de los usufructos de rentas nominativas contra el Estado, hubiera debido hacerse una reserva expresa sobre el particular, como hubo de hacerse en el artículo 1.967 para autorizar las hipotecas sobre estas rentas, aunque son bienes muebles. Verdad es que el Reglamento de 8 de Octubre de 1870 remacha en el artículo 136 la idea de un usufructo a favor de una persona y sus causahabientes, limitando la duración a treinta años; pero prescindiendo de la consideración de que un Real decreto, como el que aprobó el Reglamento, carece de eficacia para modificar principios consignados en una ley general, y para resucitar uno derogado implícitamente por la ley que regula toda la materia que ya estaba regida en la ley especial anterior, siempre quedará un campo a que aplicar la ley de 1861 y el Reglamento de 1870, sin contradecir las disposiciones del Código: me refiero a las inscripciones a favor de extranjeros. Las inscripciones son bienes muebles, según disposición expresa del artículo 24 de la ley de 1861 y artículo 418 del Código civil, y, por consiguiente, están sujetas a la ley nacional del propietario, salvo disposición contraria de la nuestra (art. 7 de las Dispos. preliminares). Si se lo consiente su ley nacional, puede el propietario extranjero de la renta hacer lo que no podría realizar el dueño italiano, o sea desmembrar el usufructo en beneficio de una persona o de sus causahabientes, hasta el plazo de treinta años que permite la ley italiana. No hay para qué discutir las afirmaciones de FERRARIS, que en el *Commento alla legge del debito pubblico*, n. 223, después de admitir, siguiendo a RICCI y la opinión primera de PACIFICI-MAZZONI (véase más adelante § 4), la validez del usufructo progresivo, encuentra el reconocimiento de ella en el artículo 25 de la ley de 1861 y en el artículo 113 del Reglamento, como si los llamados sucesivamente al usufructo, que, según aquella doctrina, lo recibirán en cualquier forma directamente del testador, pudiesen ser los causahabientes del usufructuario de que hablan estos artículos. Entre otras cosas peregrinas, en este mismo Comentario se enumera la resolución judicial, que no es sino la prueba del derecho de usufructo, como una de las fuentes de este derecho al lado del contrato, la ley y el testamento.

el anterior propietario, esto es, contra el heredero o legatario gravado.

Cuando el disponente tenga en comunidad con otro la propiedad de la cosa legada en usufructo, el legatario adquiere inmediatamente éste sobre la parte indivisa, y encuéntrase en comunión jurídica con los que tenían con aquél la copropiedad. Puede aparecer también la voluntad del disponente de legarle, asimismo, el usufructo sobre las demás porciones de los otros copropietarios (artículo 839) (a); y, en este caso, la adquisición se realiza en dos tiempos y en dos diversos modos: inmediata, en cuanto a la parte del disponente; mediata y subordinada a una cesión por acto *inter vivos*, en cuanto a la parte de los otros.

En el Derecho romano, el legado de usufructo de una cuota de patrimonio, no atribuía un derecho real al legatario, sino un derecho personal respecto al heredero, quien podía elegir alternativamente entre prestar el usufructo de objetos especiales del patrimonio, o el de una cantidad equivalente a la cuota (1). Hay quien ha sostenido que el mismo principio podía aplicarse al legado de usufructo del patrimonio entero (2), y que con el legado de usufructo universal *no puede* el disponente atribuir al legatario un derecho real sobre todos los objetos que constituyen el patrimonio; porque parte de éstos está necesariamente destinada al pago del pasivo que lo grava (3). No hay, realmente, imposibilidad jurídica ninguna que estorbe la constitución del derecho real de usufructo sobre cuantos objetos integren el patrimonio (4), dejando el pasivo completamente a cargo del heredero y reservando a los acreedores el

---

(a) [Art. 864 del Cód. esp.]

(1) SCÆVOLA, 32, § 8 D. *De us. leg.*, XXXIII, 2. Un efecto análogo tenía en el Derecho antiguo el *legatum partitionis*, legado de una cuota del as en propiedad; POMP., 26, § 2 D. *De leg. 1.°*, XXX, y también los que entienden que la igualdad de legados y fideicomisos, realizada por Justiniano, se extendió al legado del as entero o de una cuotaparte de él, admiten que las disposiciones relativas a una parte alícuota podían sustraerse, mediante expresa declaración del testador, a las reglas del fideicomiso universal, originando una sucesión particular (WINDSCHEID, § 666, nota 1) y, poi consiguiente, imponiendo al heredero alternativamente la obligación de entregar la *res* o la *æstimatio*.

(2) Esta era ya la opinión del escoliasta CIRILO en las *Basílicas*, XLI, 1, 68 (ed. HEIMBACH, IV, p. 119), cit. por BÜRKEL, *Beitr. z. Lehre v. Niessbrauche*, II, § 2).

(3) BRINZ, *Lehr. d. Pandekt.*, ps. 901-902.

(4) Sin recurrir al contrasentido de un usufructo sobre los débitos.

recurso de la separación de patrimonios. Mejor aún puede coordinarse con un legado consistente en un derecho real sobre todos los bienes particulares, la imposición al legatario de la obligación personal de contribuir a la extinción del pasivo, y, por consiguiente, para que tenga completa eficacia, no hay necesidad de interpretar el legado de usufructo universal como legado de usufructo sobre el *superavit* o remanente después de saldados los débitos. Dejando a un lado si el disponente, con el legado de usufructo universal, *puede* atribuir inmediatamente al legatario derechos reales sobre todas las cosas del patrimonio, queda por averiguar si quiere hacerlo, y no dejan de tener importancia las observaciones de BÜRKEL (1), que, en función de interpretación de voluntad, muestra la diferencia entre el usufructo del patrimonio entero y el de una parte alícuota, los daños e inconvenientes que procura a heredero y usufructuario la comunidad de disfrute que se establece entre ellos, la imposibilidad de regular esta comunidad, forzosamente indisoluble, y la dificultad de operar la división; después de todo lo cual concluye justificando la decisión citada de SCÆVOLA, reducida, como dice literalmente, al legado de usufructo de una cuota, cuando nada se opone a reconocer en el legado de usufructo de todo el patrimonio, la voluntad de conceder al legatario derechos reales. Pero en nuestro Derecho no es admisible la distinción entre una y otra forma de legado y, si al instituir el del usufructo de una cuota, quiere el disponente evitar al heredero la comunidad en el goce y darle facultades para saldar con el legatario, entregándole el valor del usufructo, es necesario que manifieste expresamente esta voluntad de no conferir con el legado un derecho real. Así resulta con toda claridad del artículo 509, en que se concede al usufructuario de parte alícuota de un patrimonio la facultad de anticipar el capital necesario para pagar el pasivo, con el fin de impedir que el propietario realice la liquidación de aquél y modifique de esta suerte las condiciones del disfrute (a). Y del artículo 819 (b) resulta, indirectamente, que, si bien está facultado el heredero para entregar al cónyuge el usufructo de la cuota legal que le corresponde en la herencia del premuerto, pagándole así con una prestación de naturaleza distinta, hasta que no se le satisfaga su derecho de usufructo, se le garantiza éste sobre todos los bienes hereditarios. De igual

(1) *Op. cit.*, II, §§ 2 y 4.
(a) [Cfr. art. 510 del Cód. esp.]
(b) [Art. 838 del Cód. esp.]

suerte, hasta que se realice la división del disfrute, el derecho real del legatario de una cuota en usufructo se extiende también a todos los bienes de la herencia.

101. Ya hemos dicho que la adquisición del legado no está subordinada a la aceptación del legatario, pero su renuncia sí la impide; el efecto de ésta, sea cualquiera el momento en que se haga, hay que retrotraerlo a aquel instante en que pudo adquirir y con ella desaparecen los derechos que hubieran podido nacer contra el legatario, independientemente de su voluntad, como las hipotecas legales y judiciales. Pero la renuncia carece de tales efectos si se hace después que el legatario haya realizado, expresa o tácitamente, algo que pueda interpretarse como aceptación, bien reclamando la entrega o bien disponiendo del legado. La ficción jurídica que retrotrae a un tiempo anterior al de su manifestación la voluntad de no adquirir, sólo puede ser eficaz cuando no se ha manifestado ninguna voluntad; pero deja de producir efecto cuando se ha expresado una en contrario. Por eso, la renuncia subsiguiente a la aceptación, se considera como renuncia de un derecho adquirido, y no por ella pierde el que la hace su carácter de legatario ni se libera de las obligaciones que constituyen una modalidad del legado y que no reconocen por única causa el derecho renunciado (1).

Lo mismo que no puede renunciarse a la adquisición del legado después de aceptarlo, tampoco puede renunciarse a la adquisición de la herencia después de aceptarla. Ahora bien; en esta última sucede que, después de renunciarla, puede aceptarse *rebus adhuc integris*, esto es, mientras que no medie la aceptación de la misma herencia por otro llamado; la renuncia del legado, en cambio, es irretractable, aun sin que otros lo hayan aceptado; por la razón de que tal renuncia, independientemente del nuevo hecho jurídico de la aceptación, produce inmediatamente los efectos siguientes: o la adquisición del legado por el sustituto, o el acrecimiento en favor de los colegatarios, o la caducidad del legado y la reversión al heredero del derecho que aquél tenía por objeto (2). Sólo cuando la heren-

(1) V. el § 4.° de este capítulo, nn. 134 y 135.

(2) Apel. Macerata, 1.° Julio 1884, *Giurispr. it.*, 1884, 2, 543. No vale citar en apoyo de esto el fallo del T. de Cas. de Nápoles, 24 de Febrero del año 1885 (*Gazz. Proc.*, 1885, 129): la renuncia del usufructo que el Tribunal declaraba irretractable no era una renuncia al legado de usufructo, sino al usufructo adquirido, porque se había producido después de una primera aceptación.

cia no ha sido aceptada aún y no hay sustitutos ni colegatarios, puede el titular retractarse de la renuncia sin perjuicio de derechos adquiridos por otro, puesto que nadie ha adquirido derecho sobre el legado (1). Esto aparte de que los acreedores del legatario pueden pedir la revocación de la renuncia hecha en fraude de sus derechos; regla que no se discute en nuestro Derecho vigente, y que muchos escritores refieren a un principio general: el de que los acreedores pueden instar la revocación de aquellos actos con que el deudor desatiende el aumento de su patrimonio, y no sólo aquellos otros que lo disminuyen (2).

El principio de que la posesión legal de los bienes legados corresponde a los herederos no presenta particularidad alguna de aplicación al legado de usufructo, en cuyo supuesto debe el usufructuario pedir a los herederos que le posesionen de los bienes cuando no resulte que ellos lo hayan hecho voluntariamente (3).

102. Dijimos al principio de este párrafo que el legado de usufructo era siempre una disposición a título particular. En el Derecho romano, en que la atribución de la representación hereditaria debía aparecer directamente de la forma de la disposición y no inducirse de la cualidad y cantidad del derecho legado, cuando había institución de heredero en el usufructo de un patrimonio o de una cuota, así como institución de heredero en cosa singular determinada, se trataba de desvirtuar tal contenido contradictorio con-

(1) Cfr. PROUDHON, *Usufruit*, nn. 2.215-2.229.

(2) V. MAJERINI, *Della revoca degli atti fraudolenti*, n. 39. La jurisprudencia niega a veces que sea requisito indispensable para la revocación el fraude del legatario; v. p. ej., acerca del legado de usufructo, Apel. Turín, 5 de Septiembre de 1876, *Giur. tor.*, 1876, 647; con menos fundamento todavía que para la revocación de la renuncia a la herencia. Acerca de ésta hay un fundamento en la letra del artículo 949, pues sólo demostrando la subordinación de este precepto al general del artículo 1.235 cabe excluir la revocación cuando no se prueba la intención fraudulenta. Pero el artículo 949 no se refiere a la revocación de la renuncia del legado y no cabe aplicarlo por analogía, porque cae directamente bajo el imperio del artículo 1.235.

(3) V. Apel. Nápoles, 23 Mayo 1866, *Giur. ital.*, 1866, 2, 244; Cas. Florencia, 27 Mayo 1881, *Temi ven.*, 1881, 373. Además, puede inducirse por presunciones la voluntad del heredero de transmitir la posesión; el tercero detentador contra quien se haya dirigido el legatario del usufructo puede pedir la comparecencia en juicio del heredero, pero no que se desestime la demanda porque el actor no haya pedido previamente dicha comparecencia (Apel. Cagliari, 6 de Diciembre de 1870, *Giur. it.*, 1870, 2, 757).

siderando heredero al instituído con esta limitación y creyéndole obligado a restituir toda la herencia como fideicomiso universal a los otros herederos instituídos sin limitación en el mismo testamento, una vez detraído el usufructo y las cosas particulares de que había dispuesto el testador. Cuando el testamento no contenía más que instituciones limitadas todas a objetos absolutamente determinados, se interpretaba como si contuviera disposiciones a título universal y prelegados a los instituídos (1). No puede negarse que también en el Derecho vigente el legado de cosas particulares o de partes determinadas del patrimonio, no en proporción con la totalidad de éste, puede ir unido a la voluntad del testador de dar a los beneficiados la cualidad de herederos. Pero sólo puede ser eficaz esta voluntad cuando la asignación de partes ciertas sea susceptible de interpretarse como un prelegado subordinado a una tácita asignación de cuota: así, por ejemplo, «instituyo a Ticio heredero en mis bienes muebles, y a Cayo, en los inmuebles», equivale a instituir a Ticio y Cayo herederos de cuotas iguales a la relación que exista entre muebles e inmuebles con el conjunto del patrimonio, con más el derecho a tomar de la masa muebles el uno e inmuebles el otro, hasta el pago de las respectivas cuotas (2). No producirá efectos nunca cuando la asignación de partes ciertas al heredero instituído produzca el resultado de revertir el total de la masa, detraídas las partes ciertas asignadas, a otro llamado como heredero o como legatario por el testador, o llamado por la ley a suceder; pero este otro será heredero y único heredero, al revés de lo que ocurría en el Derecho romano, donde

(1) V. VANGEROW, *Pandekt.*, § 449, not. 2.

(2) La decisión de PAULO (10 D. *De her. inst.*, XXXIII, 5) de que los instituídos *ex re certa* se consideren instituídos *sine parte*, y por consiguiente en cuotas iguales, no la justifica más que la dificultad de fijar una proporción diversa entre las cuotas, y no se me alcanza por qué se le ha dado esa autoridad. El T. de Cas. de Milán (5 de Julio de 1864, *Giur. ital.*, XVI, 1, 547) declara que la división de la herencia puede realizarse en la medida y proporción de las cosas ciertas y singulares asignadas a cada uno de los coherederos. Observaré de pasada que ciertos tribunales, aplicando con evidente error una regla del Código francés, han sentenciado, sin más ni más, que el legado de todos los muebles y de todos los inmuebles es una disposición a título universal; como el de Apel. de Casale, 1.º Febrero 1868, *Giur. tor.*, V, 218; Cas. Palermo, 10 Noviembre 1888, *Foro*, 1889, 1, 634. V. respecto a esta sentencia la nota de ASCOLI, en que son invocadas varias resoluciones que aplican acertadamente al Derecho moderno la *institutio in re certa*. Cons. GIORGI, *Obblig.*, t. VI, nn. 342, 343.

no tenía más carácter que el de fideicomisario, porque no se admitía que por inducción se concediese la cualidad de heredero. Y así hay que resolver cuando la asignación de parte consista en un legado de usufructo del patrimonio o de parte alícuota de éste. Nada importa que se llame heredero al beneficiado con este legado, ni que no haya otra disposición a título universal. Si no existe otro llamamiento, la representación hereditaria pasará a los sucesores legítimos; y únicamente cuando aparezca de la voluntad del testador que quiso conceder otros beneficios hereditarios, además del usufructo constituído a su favor, y especialmente lo que de modo eventual quede disponible por resultar ineficaz cualquiera de sus disposiciones, podrá reconocerse entonces en él la cualidad de heredero, pero no en concepto de llamado al usufructo, sino como llamado a recibir en su caso la propiedad de parte de la herencia. Puede inducirse conjeturalmente esta voluntad del testador si, por ejemplo, deja a uno el usufructo de toda la herencia sin agotar los llamamientos para la propiedad con disposiciones particulares y no procede por ello la vocación legítima.

El llamado expresamente a recibir la totalidad de la herencia o una cuotaparte de ella, y que por ello obtenga el carácter de heredero, si no existe un tercero beneficiado con el usufructo, disfruta de este derecho sobre los bienes cuya nuda propiedad, y no más, se haya legado a otro. Este derecho de usufructo nace a virtud de la delación, y es adquirido con la aceptación de la herencia; por eso, si el llamado muere sin aceptar después de la muerte del testador, y luego de cumplida la condición a que la vocación haya sido subordinada (art. 853), transmite a sus herederos el derecho a hacerlo (art. 939) (a) y posibilita que éstos a su vez la adquieran, a diferencia de lo que ocurre con el legado de usufructo, en que, como hemos visto, adquisición y delación coinciden, y queda así excluída la transmisión del derecho de adquirir. A diferencia también del usufructo legado, el derecho de usufructo sobre cosas legadas en nuda propiedad es adquirido por aquellos descendientes del heredero testamentario premuerto o incapaz que lo representan en la herencia del pariente común (art. 890); como se adquiere por los descendientes del heredero legítimo, cuando, junto al legado de la nuda propiedad, no existe o es ineficaz la vocación testamentaria a la herencia. Por último, cabe adquirir el usufructo aceptando una herencia a que antes se había ya renunciado cuando, entre

(a) [Art. 1.006 del Cód. esp.]

tanto, no la haya aceptado otro; porque estando conferido aquél por necesidad jurídica al heredero, más bien que por voluntad del disponente a una persona determinada, no sobreviene la consolidación con la propiedad mientras está en suspenso la adquisición del derecho hereditario. Estos principios son aplicables también cuando el heredero es llamado expresamente al usufructo por virtud de una disposición accesoria; porque, correspondiéndole de pleno derecho el usufructo como la persona llamada a recibir el sobrante del caudal hereditario después de satisfacer las disposiciones particulares, es inútil esa asignación expresa y carece de eficacia propia (1). En cambio, como sostendré en el § 4.º de este capítulo enfrente de una opinión autorizada, la limitación temporal del usufructo, en virtud de la que está terminantemente prohibido separarlo de la propiedad durante dos o más generaciones de beneficiarios, no sólo es aplicable al usufructo constituído en un legado especial, sino también al que expresa o tácitamente se deja al heredero.

§ 2. Dudas acerca del contenido de la disposición.

Sumario: 103. Extensión objetiva del legado de usufructo. - 104. ¿Legado de usufructo o legado de uso? - 105. ¿Usufructo o renta anual? - ¿Usufructo o anticresis? - 106. ¿Usufructo o propiedad? - Legado presumible de usufructo. - 107. Continuación. Legado aparente de usufructo.

103. Puede aparecer con claridad la ordenación del legado de usufructo y ser incierta su extensión. En cambio, puede ser dudoso también si el testamento encierra un legado de usufructo u otra disposición distinta. Los criterios de interpretación acerca de la extensión del legado de usufructo son, en gran parte, los mismos que sirven para interpretar los legados de propiedad, y su exposición no sería oportuna en este lugar. Sin embargo, quiero notar cómo contrariamente a la interpretación muy en boga entre los prácticos, el legado de usufructo de todos los bienes recae, indudablemente sobre los bienes que al morir deja el testador, no únicamente sobre los que poseía al formalizar su testamento (2). Para

(1) Comp. Paulo, 25 D. *De us. leg.*, XXXIII, 2, y Averani, *Interpretation. juris*, l. V, c. XI, n. 11, c. XII, n. 5.

(2) V., para esta segunda opinión, Borgninus-Cavalcanus, *De usufructu mulieri relicto*, nn. 85-88; Castillo Sotomayor, *De usufructu*, c. 44; Noodt, *De usufructu*, I, I, c. 23, y los demás citados por éstos y por Glück,

aquéllos, la situación en tal instante era la que debía tomarse en consideración a fin de resolver acerca del objeto y la extensión del legado; salvo para el legado de cosas consumibles, en el que, naturalmente, se entendían comprendidas las cosas que habían sustituído a las consumidas por el testador (1); y en el legado de una universalidad de cosas constitutivas de un todo que el testador se representase como una unidad; no en los legados corrientes, en que hay sólo una designación común de objetos singulares (2). Aplicando esta distinción, hubiera debido reconocerse también en los legados de usufructo de todos los bienes la ampliación a los adquiridos después de otorgado el testamento; porque precisamente como una unidad es como nos representamos los bienes determinados exclusivamente por el vínculo de subordinación a la potestad de una persona, y al variar al correr de los tiempos los elementos en que la abstracción se concreta, no se modifica la idea de esta unidad. Pero creo que debe rechazarse la distinción misma como criterio interpretativo de los testamentos; en primer lugar, porque todos sabemos que al formular la última voluntad nos referimos al tiempo en que ésta debe surtir efecto; y además, porque únicamente refiriendo la disposición a la fecha de apertura de la sucesión, se dan en ella los elementos necesarios para determinar la extensión de la misma, siempre que se trate de cosas de un cierto género o de una cierta clase; y no es presumible que el testador pueda referirse a las condiciones de época anterior, siempre difícil y a veces imposible de señalar al abrirse la sucesión (3). De suerte que la extensión de todos aquellos legados que tienen un objeto genéricamente determinado, hay que medirla en relación a cuantas cosas de aquel género deja al morir el testador, cuando no aparezca una voluntad expresamente contraria (4); y por eso, para determinar

---

Erl. d. Pandektenr., t. IX, p. 176. En contra: MENOCHIO, *De præsumptionibus, conjecturis, signis et indiciis*, l. IV, pr. 172, n. 28; VOET, *Ad pandect.*, l. VII, tít. I, n. 14, y otros, aparte GLÜCK. Entre los modernos no se discute ya la cuestión; v., por último, BÜRKEL, *Beitr. z. Lehre. v. Niessbrauche*, II, § 1.

(1) MANTICA, *De conjecturis ultimarum voluntatum*, l. III, t. 11, n. 16.

(2) BARTOLO, *Comm. ad digest.*, ad l. 7 *De auro leg.*, XXXIV, 2; MANTICA, *loc. cit.*, n. 13; CASTILLO, *loc. cit.*, n. 5.

(3) Era una deducción lógica de esta premisa imponer al legatario la prueba gravosa de las condiciones existentes en la época de la formalización del testamento: MANTICA, *eod.*, n. 4.

(4) El precepto del artículo 841 no permite confirmar textualmente esta interpretación, pues dice que el legado determinado genéricamente *sólo* compren-

objetivamente un legado de usufructo de bienes muebles o inmuebles o de muebles e inmuebles de una cierta clase, se prescinde de investigar las cosas existentes en la sucesión que en la época del testamento figuraban ya en el patrimonio del testador (1).

Entre los prácticos, lo que resolvía si el testador se refirió a la época del testamento o a la de la muerte, era el uso del tiempo verbal presente o futuro en las disposiciones complementarias de la institución. Nada más incierto que esto; porque, refiriéndose al momento en que la disposición ha de surtir efectos, es natural el uso del tiempo presente para determinar el objeto en relación con él. Las únicas designaciones de tiempo inequívocamente referibles a la formalización del testamento, son las que aluden al tiempo pasado, o, con más propiedad, al tiempo de la acción perfecta (2).

Para fijar los bienes comprendidos en el legado de muebles, como en el de inmuebles, lo primero que hay que hacer es examinar la calificación que de ellos hace la ley misma; pero, aun cuando la realice aquélla de un modo imperativo, con objeto de sujetar algunas clases de bienes a las normas jurídicas que regulan los muebles o los inmuebles, tiene indudable eficacia la voluntad expresa del testador de excluir bienes que son legalmente muebles o inmuebles, del legado de muebles o de inmuebles (3). En cuanto a la determinación que da la ley a las palabras *muebles, cosas muebles, mobi-*

---

de las cosas que se hallan en el patrimonio a la muerte del testador; no dice que comprenda aquellas que en él se encontraban antes; y por analogía indirecta nada más es como puede invocarse el artículo 876, que dice que la cosa legada debe entregarse en el estado en que se encuentre el día de la muerte.

(1) LAURENT (t. XIV, n. 145) sostiene que el legado de bienes inmuebles que uno tenga en un determinado lugar se refiere sólo a los predios poseídos en el momento de testar. *Contra*: PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. VII, n. 70. LAURENT razona equivocadamente en torno al art. 1.019 Cód. francés (art. 847, C. it.); pero no debemos rechazar completamente su opinión, porque en este caso, precisamente, es posible y fácil la determinación del objeto en relación a la época, aunque haya de hacerse cuando la sucesión se abre.

(2) V. SCÆV., 28, § 2 D. *De liber. leg.*, XXXIV, 3. Es ambigua, en cambio, la *demonstratio præsentis temporis* que encuentra PAULO, 7 D. *De auro leg.*, XXXIV, 2, en las frases *vestem meam, argentum meum*. Esta ley (sobre la que pueden consultarse los comentaristas, desde BARTOLO, cit., a AVERANI, *Interpretation. juris*, I, IV, c. 27) es el norte de la doctrina de los prácticos; pero no tienen nada de decisivas las palabras *quod meum est*, «lo que tengo», o sea «lo que es mío»; ni tampoco es completamente cierto que *meum* equivalga a *quod meum est*.

(3) Cons. PACIFICI-MAZZONI, *Success.* t. VII, n. 168.

liario, etc., su objeto único es servir para interpretar la voluntad de los testadores, y tiene, por consiguiente, el carácter de presunción, contra la que es admisible siempre la prueba en contrario (1).

Si se trata de bienes que, permaneciendo en la misma esfera patrimonial, pueden pasar de la clase de muebles a la de inmuebles y viceversa, para decidir si están o no comprendidos en el legado de usufructo de muebles o de inmuebles hay que investigar si es anterior o posterior a la apertura de la sucesión el acto jurídico de que procede este tránsito. Así, por ejemplo, los frutos pendientes en la fecha del testamento, recolectados y conservados por el testador, corresponden al usufructuario de los muebles (2), y al revés, los animales y los aperos de labranza con que, después de testar, haya dotado al fundo el testador, son disfrutados por el usufructuario de los inmuebles. Lo que suscita especialmente cuestiones interesantes, son la naturaleza de las acciones y su transformación (3). La acción respecto al contratista encargado de la construcción de un edificio, por ejemplo, es, en su origen, y en todo caso lo continúa siendo, una acción mobiliaria; no sólo porque se resuelve siempre en el resarcimiento de daños, sino, principalmente, porque la adquisición del inmueble no es sino una consecuencia del cumplimiento de la obligación, y, por lo tanto, resultado mediato e indirecto de la acción (4); por eso conviene distinguir siempre el resultado económico de la acción, de lo que constituye propiamente su objeto y que es lo único que decide sobre su naturaleza. La acción resolutoria o rescisoria de la enajenación de un inmueble, está dirigida a recobrarlo para el patrimonio del enajenante; y su disfrute corresponde al usufructuario de los inmuebles, porque rescisión y resolución traen su causa del acto mismo de enajenar, y, por consiguiente, son anteriores a la apertura de la sucesión. En el caso de pacto comisorio, que implica la transformación del derecho al precio, en el correspondiente a recuperar el inmueble, también es el usufructuario de los inmuebles quien debe beneficiarse de ello, no el usufructuario de bienes muebles, aunque tuviera el usufructo del

(1) Cons. PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. VII, nn. 156 y siguientes; *Distinzione dei beni*, nn. 63 y sig., y los autores allí citados.

(2) Contra lo que, naturalmente, opinan los prácticos, conforme a la doctrina antes impugnada; v. MANTICA, *loc. cit.*, n. 7; CASTILLO SOTOMAYOR, *op. cit.*, c. 42.

(3) PROUDHON, *Dom. de propriété*, nn. 171 y sigs.

(4) POTHIER, *Tr. des choses*, § 2; *Contra:* PROUDHON, *loc. cit.*, nn. 186 y 189.

crédito del precio, y se reconozca que la resolución no se realiza siempre de pleno derecho, sino que necesita un fallo judicial. Cosa muy distinta ocurre respecto a la condición resolutoria tácita, equiparada a la expresa en orden a sus efectos para con los terceros adquirentes (arts. 1.080, 1.511, 1.787); pero difiere de la expresa, aun cuando requiera ésta el reconocimiento judicial de haber sido cumplida, porque no da un derecho absoluto y cierto a recobrar el inmueble; sustituye a un derecho al precio, únicamente si después del plazo que el juez puede concederle (art. 1.165) (a), no lo paga (1). Por consiguiente, no puede decirse que tuviera un derecho inmobiliario el testador, que vió incumplidas las obligaciones a su favor surgidas con la enajenación; y los cambios sucesivos del derecho que le compete, y que, como derecho de naturaleza mobiliaria, transmite, no pueden perjudicar los derechos del usufructuario de los muebles ni el derecho del heredero frente al usufructuario de los inmuebles. La misma distinción hay que hacer en cuanto a la renta inmobiliaria, cuyo disfrute pertenece al usufructuario de los bienes muebles; que no puede ser comprendida en esta clase de legado, si la resolución por incumplimiento de las cargas está expresamente establecida, y tal incumplimiento ha ocurrido en época anterior a la muerte del causante; si se trata de resolución señalada en la ley como consecuencia del incumplimiento, y no la pidió el mismo testador, no transmite el derecho a exigirla como derecho inmobiliario (2).

En el § 4.º me ocuparé de las dudas que pueden suscitarse acerca de la existencia de la vocación conjunta en el usufructo.

104. En cuanto a las dudas sobre la naturaleza del derecho legado, las cuestiones que más frecuentemente surgen son si lo legado es un usufructo o un derecho de uso, un usufructo o una renta anual, un usufructo o la propiedad de los bienes. La limitación del legado al uso nada más, aun cuando el testador emplee la palabra usufructo, puede aparecer expresamente en cláusulas complementarias de la disposición, por ejemplo: *para su uso personal, solamente para su uso, limitado a sus necesidades, en cuanto le sea necesario*, y otras

---

(a) [Art. 1.124 del Cód. esp.]

(1) Cons. RE, *Compravendita secondo il c. civ. it.*, nn. 145 y sigs.

(2) PROUDHON (*Usufruit.*, nn. 481-483), sin distinguir esto, reconoce, en cambio, que, por el incumplimiento anterior a la muerte del acreedor, se ha adquirido un derecho de naturaleza inmobiliaria.

semejantes (1). No es lícito, sin embargo, inducir esta limitación por que el testador indique el propósito de que el usufructuario goce del legado para su sustentación o para atender a sus necesidades y las de su familia; el fin de la liberalidad no constituye necesariamente su medida, porque puede aquél lograrse tanto con la atribución de un simple uso como de un usufructo (2). A esta interpretación, fundada en conjeturas, se le buscó un fundamento en los textos romanos, donde el *ususfructus habitandi causa* equivale al derecho de habitación; pero olvidaron que ya la jurisprudencia clásica discutía si esta *causæ demonstratio* bastaba para restringir el derecho concedido a la mera facultad de habitar, y que, por otra parte, producía, de todos modos, un efecto beneficioso al legatario, cual era el de constituir un derecho que no podía perderse ni por el desuso ni por la *capitis deminutio* (3). La indicación del fin, en manera alguna justifica la limitación al derecho de uso, ni al de habitación, hoy, que no se distingue éste más que por el objeto del uso. Tampoco cabe negar que, en ciertos casos, puede discutirse si la cláusula agregada sirve únicamente para indicar el fin, o, además, para determinar también la medida del derecho concedido.

Más resueltamente todavía hay que rechazar toda conjetura en la interpretación, que vaya encaminada a inducir de la cualidad de las personas respectivamente llamadas a recibir el usufructo y la propiedad, y de las relaciones intercedentes entre ellas, la conclusión de que con el nombre de usufructo quisiera dejarse solamente el uso, y menos aún un derecho personal a prestación alimenticia. De suerte que, cuando se instituían por herederos a los hijos, y a la mujer se le legaba el usufructo de todos los bienes, se interpretaba que, jurídicamente, lo que quería el testador era asegurar sólo la subsistencia de ésta, y que con la designación de *esposa, dueña* y *señora* se quisiera sólo mantenerla en aquel lugar preeminente que suele tener la mujer en la casa (4). Inútil creo esforzarme en demostrar que esta

(1) MENOCHIO, *op. cit.*, pr. 135, nn. 3, 7 y 9.

(2) Cons. más atrás, págs. 75 y sigs. Los mismos escritores que de la *causa adjecta* al legado de usufructo inducen que esté limitado al uso (MENOCHIO, *loc. cit.*, n. 8), niegan luego que la *causa adjecta* al legado de propiedad motive su interpretación como legado de usufructo; v. más adelante n. 106.

(3) Cons. más atrás, nn. 38-41.

(4) Fundábase esta interpretación en la imposibilidad de que el testador quisiera privar del disfrute a los herederos legítimos, y en Italia hubo de adquirir tal fuerza, que vino a ser una regla jurídica consuetudinaria, a la que se había acomodado el lenguaje; de suerte que para rehuirlo o atribuir a la

interpretación en el Derecho actual es imposible; la ley asegura a la viuda el derecho a alimentos, con relación a los hijos, y además le asigna una parte del haber hereditario en usufructo, que se deduce de la cuota de los hijos, y para evitar el daño que pudieran sufrir por el legado de usufructo universal, cabe que estos hijos abandonen la parte disponible, de todo lo cual me ocuparé en el § 5.º

Por último, no podemos tampoco aconsejar en general aquel sistema de conjeturas que llevaba a convertir el usufructo en uso, porque se supusiera que a causa precisamente de la disposición testamentaria que se las confería de manera expresa al legatario, le faltasen a éste algunas de las facultades que necesariamente derivan del usufructo, como la de permitir al usufructuario el arrendamiento de la casa habitación, cláusula que ha de interpretarse como agregada *ex abundantia,* y no para privar de valor al nombre dado por el testador al legado, pues es menos lógico reconocer un derecho de uso, y aun atribuir al usuario facultades incompatibles con el dicho uso. No merecen mayor consideración las conjeturas derivadas del hecho de que al usufructuario se le privase de algunas de las facultades esenciales del usufructo, como la de poseer y administrar los bienes que constituían el objeto del mismo (1); si no hay otro dato concurrente que dé verosimilitud a que el testador no haya querido atribuir el derecho de usufructo, la cláusula contraria a la voluntad manifestada claramente, constituye una condición ilícita y se tiene por no puesta (2).

Puede ocurrir, a la inversa, que quiera constituirse un derecho de usufructo y que el constituyente emplee la palabra uso para designar el derecho del legatario. Tradicionalmente existe una regla que da esta interpretación cuando el objeto del derecho legado consista en cosa de la que no pueda obtenerse más que una utilidad

---

mujer un verdadero usufructo, había que acudir a las palabras *totus, integer, plenus ususfructus, ususfructus sine aliqua deminutione, pleno jure, plenarie,* etc., o para asignarla el usufructo de una parte de bienes, llamarla a recibir el usufructo juntamente con sus hijos. Acerca de esta interpretación, que era conocida con el nombre de *consuetudine di Bulgaro,* su ampliación al caso de usufructo dejado a otra mujer de la familia, y su exclusión cuando con la mujer usufructuaria se instituían herederos a los extraños, cons. las difusas exposiciones de MENOCHIO, *op. cit.,* l. IV, pr. 139, 140; MANTICA, *op. cit.,* l. IX, t. 7; CASTILLO, *op. cit.,* c. 45; MASCARDI, *De probationibus,* c. 1.419, nn. 18 y sigs., y DE LUCA, *Th. just. et ver.,* l. IV, *de servitut.,* disc. 48-52.

(1) MENOCHIO, *loc. cit.,* pr. 135, n. 7; MANTICA, *op. cit.,* l. IX, t. 5, n. 4; MASCARDI, *loc. cit.,* n. 17.

(2) Sobre esto he de volver en el libro III.

pequeñísima consumiendo inmediatamente los frutos, como ocurre con un monte (1). Así me encuentro con un fallo que dice que, legado el *completo uso y habitación* de una casa a varias personas con derecho de acrecer y volviendo la disposición a emplear las palabras *uso completo* asociadas a la de disfrute, se dan las características del usufructo con el impropio nombre de uso (2).

105. Surge principalmente la duda de si lo que se lega es un derecho real de usufructo o el derecho personal a una prestación ánua, cuando falta la palabra usufructo y se señalan los bienes de cuyos ingresos ha de gozar el legatario, porque así puede haber una relación inmediata de potestad o bien la determinación cualitativa y cuantitativa (o sólo cuantitativa) del objeto de la prestación obligatoria; pero desaparece la duda si expresamente se dice que el legatario posea los bienes y perciba directamente las rentas, o que el propietario continúe poseyendo y que por su mediación perciba las rentas el legatario (3). En el primer caso hay legado de usufructo; en el segundo, el legatario carece de derecho contra el tercero poseedor de los bienes, y no puede impedir que el propietario disponga de ellos; pero si los enajena, el gravado con el legado permanece obligado para con él a satisfacerle el equivalente de la renta, y puede ser que, con arreglo al título, también deba entregar, no el equivalente pecuniario, sino cosas en especie y en cantidad igual a lo que produzcan los bienes; pero no estará nunca obligado a autorizar que el legatario disfrute directamente de la cosa, y es responsable de la disminución de las rentas causada por actos propios (4). Aquellas disposiciones con que, sin más indicación, se legan los *frutos de un fundo o el fruto de un fundo*, deben entenderse generalmente como legado de usufructo (5), y más aún aquellas disposiciones en que se legan *todos los frutos* o *todos los productos* de uno o

(1) POMP., 22. D. *De usu et hab.*, VII, 8.

(2) Cas. Nápoles, 27 de Agosto de 1877, *Foro*, 1877, 1, 1.239. En qué sentido pueda hablarse de un derecho de acrecer en los usuarios, lo hemos de ver en el libro VI.

(3) MENOCHIO, *loc. cit.*, pr. 136, nn. 2-3.

(4) V. SCÆVOLA, D. *De us. leg.*, XXXIII, 2, y el comentario de BARTOLO a esta ley. Por otra parte, el heredero propietario no tiene obligación para el legatario de renta más que en cuanto le correspondería frente al usufructuario para conservar los bienes en estado de procurarle utilidad.

(5) ULPIANO, 20 D. *De us.*, VII, 1; JAVOL., 41, D. *De us. leg.*, XXXIII, 2; v. MENOCHIO, pr. 136, n. 5.

más fundos (1); si contiene el mandato, dirigido al heredero, de entregarlos, el legado es de renta (2); con más motivo debe entenderse legado de usufructo cuando se atribuye al legatario la facultad de disfrutar libremente del fundo (3). Reaparece, en cambio, la incertidumbre cuando la disposición tenga por objeto una cuotaparte de los frutos de un predio (4); pero no hay que confundir este caso con aquel otro en que los frutos o la renta no se determinen en relación a un determinado fundo, sino únicamente de un modo absoluto, en cantidad o calidad, como cuando se legan 10 hectolitros de grano anuales del fundo tal, o una parte alícuota del aceite que produzca el fundo cual; porque entonces no hay duda de que se trata de un legado de renta anual (5).

En la constitución testamentaria del usufructo pueden imponerse al beneficiado cargas como equivalente parcial a la liberalidad. Si se lega un fundo en usufructo a un acreedor y la prestación correspondiente consiste en la renuncia a exigir los intereses del crédito, con ello se crea una relación económica análoga a la anticresis; el disfrute del fundo equivale al pago de los intereses y las obligaciones del legatario de atender a la conservación y reparaciones, satisfacer los impuestos, y las cargas anuales son análogas a las de un acreedor anticrético. Pero para juzgar si es una relación jurídica de usufructo la constituída, y que el legatario tiene, por tan-

---

(1) Cas. Florencia, 7 Julio 1870, *Legge*, X, 1, 901; Cas. Florencia, 24 Abril 1876, *Foro*, 1876, 1, 725; MENOCHIO, *eod.*, n. 7.

(2) SCÆVOLA, 38 D. *De us. leg.*, XXXIII, 2. Nótese que *fructus*, en singular, no tiene normalmente el valor de un nombre colectivo, y no designa los frutos, sino el disfrutar; por eso la interpretación fundada en conjeturas que hemos recordado aquí es independiente de la equiparación del *fructus* al *ususfructus* que hace ULPIANO, 14, D. *De us. et hab.*, VII, 8.

(3) MENOCHIO, *loc. cit.*, pr. 136, n. 9.

(4) Según MENOCHIO (*eod.*, n. 5), si esta disposición no está aclarada por otras cláusulas, es un legado de renta; según CASTILLO (*op. cit.*, c. 29, n. 24), es legado de usufructo cuando no está expresada la obligación de prestar por parte del heredero.

(5) MENOCHIO, *eod.*, n. 7, y especialmente CASTILLO, *eod.*, n. 25, que lleva a esta regla la opinión citada de SCÆVOLA. El legado de frutos determinados precisamente da derecho a la prestación, aun en los años en que el fundo no produzca fruto alguno, porque puede procurárselos con los frutos de los años anteriores: LAB., 17, § 1, D. *De ann. leg.*, XXXIII, 1; en tanto que si la determinación se hace en relación sólo con la renta total, no ha lugar a entrega alguna en los años estériles, ya que nada obtendría tampoco en este caso el legatario de usufructo.

to, un derecho real (aunque resoluble cuando infrinja las condiciones en que le ha sido concedido y deduzca demanda de pago de los intereses o para la restitución del capital), un derecho eficaz contra terceros adquirentes y eficaz también contra los acreedores del heredero que no hayan pedido la separación de patrimonios; un derecho, en fin, de que pueda disponer cediéndolo y enajenándolo; para que todo esto se admita, ha de atenderse, ante todo, a la exclusión del paso del disfrute a los herederos del acreedor, y más aún, a la prohibición de restituir el capital contra la voluntad del acreedor para dar por terminado su disfrute. En la anticresis, el disfrute del acreedor reconoce por única causa el débito, y no puede pretender que se retrase u omita el pago para continuar disfrutando; en cambio, si el legatario está investido de un derecho de usufructo, cuya causa sea la mera liberalidad del disponente, puede concedérsele también el derecho de impedir aquella restitución que es condición para extinguirlo. En la dispensa al legatario de la obligación de rendir cuentas, pretenden algunos encontrar un fundamento para rechazar que se trate de anticresis; pero no me parece bastante por sí solo, porque también puede facultarse al acreedor anticrético para compensar los intereses con los frutos, en vez de imputar éstos a cuenta de intereses (art. 1.895) (a). Tampoco es un argumento muy seguro por sí mismo la dispensa del legatario de la obligación de inventariar y afianzar, dispensa que realmente presupone aquellas obligaciones que son propias de un usufructuario, pero que tienen por efecto aproximar la posición jurídica del legatario a la de un acreedor anticrético (1).

Cuando, por el contrario, está facultado el deudor para dar por terminado el disfrute del acreedor restituyendo el capital, aunque al disfrute se le haya dado el nombre de usufructo, prepondera el nexo causal suyo con el débito, del que viene a constituir juntamente garantía y medio de satisfacción, y, por lo tanto, acertadamente ha de interpretarse como un caso de anticresis, y deben aplicársele los principios de la misma (2); de los cuales el más impor-

(a) [Art. 1.885 del Cód. esp.]

(1) Estos diversos argumentos de interpretación están recogidos, como si tuviesen el mismo valor, por el T. de Cas. de Florencia, 7 Julio 1870, *Legge*, 1870, 1, 901. Cons. sobre la materia, PROUDHON, *Usufruit*, nn. 71-96.

(2) Según el artículo 1.891, la anticresis es un contrato; pero puede concederse en testamento el derecho personal de disfrutar de un fundo a cuenta de los intereses y del capital del crédito: el derecho mismo que nace del contrato de anticresis.

tante es el que resulta de los artículos 1.896 y 1.889 (a), en cuya virtud se prohibe al heredero del deudor que haya satisfecho su parte de débito pretender su parte del fundo hasta que el débito no sea íntegramente satisfecho. Y tampoco es imposible que se superpongan y acumulen en el mismo legado los principios de la anticresis y del usufructo, de suerte que se constituya un derecho real de usufructo bajo la condición resolutoria de satisfacer íntegramente el crédito que ostenta el legatario (1).

En manera alguna, ante lo dispuesto en el artículo 845 (b), puede hoy conjeturarse, como antes, que era legado el usufructo para la total o parcial compensación de débitos, o, con arreglo a una distinción usual entre los prácticos, de débitos extracontractuales, derivados de un acto independiente de la voluntad del obligado (2).

106. Y vamos a señalar los criterios para distinguir los legados de usufructo de los legados de propiedad. En el lenguaje corriente, cuando se habla de pertenencia de una cosa, se quiere significar la pertenencia en propiedad; y por ello, legar una cosa sin determinación ulterior del derecho atribuído al legatario, significa legarle la propiedad. La ulterior determinación, necesaria para que el derecho del beneficiado se limite al usufructo, puede expresarse mediante la palabra usufructo u otras equivalentes; y de aquí que deba reputarse constituído un usufructo cuando se concede un fundo *en disfrute* (3) o *en disfrute vitalicio*, cuando se conceda la *utilidad de un fundo* (4) o los *frutos de un fundo* (5); y únicamente

(a) [Arts. 1.886 y 1.860 del Cód. esp.]

(1) Según LABEÓN, ap. JAVOL., 30, pr. D. *De us. leg.*, XXXIII, 2: *cui ususfructus legatus esset donec ei totius dotis satisfieret, cum ei heres pro sua parte satis dedisset, quamvis reliqui satis non darent, tamen pro ea parte usumfructum desinere habere mulierem.* Pero CASSIO (Ap. PAULO, 44, § 2, D. *Fam. erc.*, X, 2) da una acción al heredero para obligar a sus coherederos al pago de la parte respectiva; esto presupone que tiene en ello interés, y que, sin el pago íntegro, no puede librar del usufructo el fundo. (V. ULPIANO, 18, § 4, D. *eod. tit.)* Cons. CUYACIO, *Recit. solem.*, ad cit. l. 30, D. *De us. leg.* (edición Nápoles, t. VII, c. 1.365).

(b) [Art. 873 del Cód. esp.]

(2) Sobre compensación del usufructo con deudas voluntarias y necesarias, v. CASTILLO, ob. cit., c. 46.

(3) V. la nota 2 a la 273.

(4) MENOCHIO, *De præsumption.*, l. IV, pr. 134, n. 15; MANTICA, *De conject. ult. volunt.*, l. IX, tít. 2, n. 31.

(5) V. *supra*, p. 267.

existirá legado de la propiedad (1) cuando se conceda la *completa y perpetua producción de un fundo.* Algunos prácticos interpretan también como legado de usufructo el legado de *administración y gobierno de una cosa* (2). No determinándose con expresión alguna limitativa el derecho otorgado al legatario, debe entenderse concedido el usufructo, no la propiedad, si al legatario del fundo se le impone la obligación de prestar caución *de bene utendo* (3). Según algunos, debe presuponerse la concesión de un derecho subordinado a la propiedad de los herederos, y, por lo tanto, un usufructo y no un derecho de propiedad, cuando al legado de un fundo se le agrega la *prohibición* a los herederos *de molestar o perturbar al legatario* (4). Otros, en cambio, niegan que con esto se haya querido instituir únicamente el usufructo, y atribuyen esa prohibición al propósito de alejar litigios, frecuentes entre herederos consanguíneos, sobre los derechos concedidos a otros de ellos o a un extraño (5). De que se legue una cosa sin otra determinación y de que en el mismo testamento, junto a esta disposición, haya otros legados análogos limitados al usufructo (6), no puede inducirse que aquél consista sólo en un derecho de esta clase, ni aun porque en estos otros use el testador de las frases corrientes *igualmente, asimismo*; (7) a lo más podrá conjeturarse esto cuando, por ulteriores indicaciones del testador, aparezca equívoca e indeterminada la índole del legado (8). Por último, la dispensa al legatario de inventariar y afianzar, presupone que sin ella estaría obligado a hacerlo, y, por consiguiente, que hay un legado de usufructo y no de propiedad (9).

Por otra parte, la mención del usufructo no es suficiente para dar una determinación inequívoca al legado. Por su valor etimológico, la palabra usufructo conviene también al disfrute del propietario sobre su cosa, y la jurisprudencia romana fué la que dió el significado preciso y técnico de derecho de disfrute sobre cosa aje-

(1) Apel. Catania, 30 Diciembre 1881, *Foro catan.*, 1882, 95.

(2) MENOCHIO, *loc. cit.*, n. 18; CASTILLO SOTOMAYOR, *De usufructu*, c. XXX, n. 56.

(3) MENOCHIO, *loc. cit.*, n. 16.

(4) MENOCHIO, *loc. cit.*, n. 17.

(5) CASTILLO, *loc. cit.*, nn. 54-55.

(6) MENOCHIO, *loc. cit.*, n. 8.

(7) PROUDHON, *Usufruit*, t. II, n. 518.

(8) CASTILLO, *loc. cit.*, n. 52.

(9) PROUDHON, *loc. cit.*, n. 519.

na (1). La Glosa y los comentaristas que la siguieron ampliaron el significado de la palabra y hubieron de distinguir el usufructo *formal*, derecho de disfrute destacado de la propiedad y que tiene por objeto una cosa de propiedad ajena, y el usufructo *causal*, facultad de gozar de sus cosas que normalmente tiene el propietario, y que reconoce por causa la propiedad (2). Esta ampliación de significado fué en gran parte neutralizada por una restricción tan inevitable como ilógica: la de que las normas legales dictadas para el usufructo sólo tienen aplicación al usufructo formal, y a éste nada más se refieren los negocios jurídicos que tienen por objeto el usufructo (3). Pero se entendía que la mención del usufructo podía servir para indicar el fin de la disposición, el propósito de atribuir al legatario el disfrute que va unido a la propiedad, más bien que para restringir al simple derecho de usufructo el contenido del legado. Por eso, según los prácticos, aquélla se reputaba hecha *causa demonstrationis tantum sive favore legatarii, potius quam minuendi legati gratia*, cuantas veces fuese puesta con la indicación del objeto del legado en una relación de finalidad, y se juzgaba legado de propiedad el legado de un fundo *ad usumfructum, ad usum et usumfructum, ad utendum et fruendum;* se reconocía, en cambio, como legado de usufructo cuando faltase la preposición *ad*, y se legase el *fundum utendum et fruendum*, como cuando se legase el *usumfructum fundi* (4). Esta distinción puede aplicarse hoy mismo también, y frases análogas a las copiadas agregarse al objeto del legado en relación tal, que indiquen genéricamente la finalidad de la disposición, más bien que para señalar la forma y medida de ella. Por eso no es lícito que se induzca la restricción a un legado de usufructo por el mero hecho de unir a la cláusula institucional las expresiones *para que goce, para que use y goce, para que se sustente* (5). Puede también el verbo *usufructuar* indicar únicamente la finalidad de la disposición, como en la cláusula *para que lo usufructúe;* la palabra *usufructo* es más difícil que se emplee para esto. De todas suertes,

(1) NOODT, *De usufr.*, l. I, c. I.

(2) Para el desenvolvimiento de esta distinción, v. CASTILLO, *op. cit.*, c. I. Los autores modernos no suelen probar que carece de fundamento en los textos romanos; con método y cultura anticuada lo intenta PASELLA, *De divisione ususfructus causalis et formalis* (Roma, 1880).

(3) CASTILLO, *op. cit.*, c. I, n. 23.

(4) CASTILLO, *op. cit.*, c. XXX, nn. 3-19; MENOCHIO, *op. cit.*, pr. 133, nn. 11-12, pr. 134, n. 7.

(5) VALENS, 22, § 1, D. *De alim. leg.*, XXXIV, 1.

con la preposición *en* no puede indicarse la relación de finalidad; la fórmula *lego un fundo en usufructo* (1) no se diferencia en nada de esta otra: *lego el usufructo de un fundo,* que equivale, à su vez, como he expuesto, a las fórmulas *lego el disfrute de un fundo,* o *lego un fundo en disfrute* (2).

107. Al modo como por estar indeterminada la naturaleza del simple *legado de una cosa,* se puede inducir acertadamente una interpretación limitativa de otras cláusulas de la disposición (3), así también por reputar no inequívoca la designación misma de usufructo hubo de juzgarse susceptible de interpretación extensiva como legado de propiedad aquel que tuviese verdaderamente por *objeto el usufructo,* cuando apareciesen atribuídas al legatario facultades incompatibles con el derecho limitado de un usufructuario. Así, por ejemplo, la *prohibición de enajenar* impuesta al legatario del usufructo, presupone que éste está en posesión de dicha facultad y que, por consiguiente, no obstante el nombre dado, no es legatario de usufructo, sino de la propiedad (4). La interpretación más correcta en casos semejantes es la que trata de borrar la contradicción, valorando todas las palabras y todas las cláusulas del testamento, lo que puede hacerse, por ejemplo, refiriendo la prohibición de enajenar a la cesión de este mismo derecho de usufructo, o de su ejercicio (5); y cuando esta referencia no sea posible por el modo en que esté formulada la prohibición, preferible es considerar superflua la prohibición de enajenar y creer que ha sido hecha para confirmar la restricción de la potestad que sobre la cosa tiene el usufructuario (6), con la cual interpretación no se va contra disposición alguna preceptiva del testamento (7).

---

(1) Hay que entender legada la propiedad cuando a la designación del usufructo se agregue la calificación de *perpetuo,* que neutraliza su valor específico.

(2) MANTICA *(loc. cit.,* nn. 29-30) juzga que es legado de propiedad el legado de un fundo *in gaudimentum;* pero esta frase poco latina no corresponde a la nuestra *en disfrute;* significa, como la *ad gaudimentum,* la relación de finalidad.

(3) V. *supra,* pág. 270.

(4) MENOCHIO, *loc. cit.,* pág. 133, n. 3; MANTICA, *loc. cit.,* nn. 9 y sigs.

(5) Cas. Nápoles, 4 de Mayo de 1866, *Gazz. proc.,* I, 107.

(6) CASTILLO, *loc. cit.,* nn. 31-47.

(7) En cambio, una vez reconocido como legatario de propiedad porque se le suponga con facultad de enajenar, no puede privársele de ella de un modo absoluto, y discurriendo con rigor lógico, llegaríamos como última consecuencia a la de que se tuviera por no escrita la dicha cláusula de no enajenar.

No hay incompatibilidad alguna con el carácter de usufructuario, en la prohibición impuesta a éste de usar, en una cierta forma, del fundo legado, para utilidad de otro fundo hereditario; ni en el mandato de que tolere que otros usen de él en beneficio de otro predio. Trátase de obligaciones modificativas de la extensión de su derecho, con las que se obtiene el fin económico que se alcanzaría con la constitución de una servidumbre predial si los fundos pertenecieran a distintos propietarios. Pero tampoco está implícita esta incompatibilidad en la prohibición que pueda imponérsele de realizar aquellas modificaciones que, como tal usufructuario, no tendría obligación de hacer; porque cabe apreciar que, a consecuencia de esa prohibición, asume él obligaciones para con el heredero como propietario de otro fundo, independientemente de las obligaciones que le incumben respecto al mismo como nudo propietario que es del fundo usufructuado, y que cuando se separe la propiedad de los dos fundos, sin haber constituído entre ellos una relación de servidumbre, el nuevo propietario del otro pueda ejercitarla contra el usufructuario (1).

Hay, en cambio, indudablemente, una incompatibilidad lógica en nombrar a una persona usufructuario, y, por lo tanto, con aquellos derechos y obligaciones inherentes a esta institución, y el encomendarle que después de su muerte restituya la propiedad, o llamar a otro a esa propiedad para después de su muerte. Pero cuando haya duda acerca de si el legado es de usufructo o de pro-

(1) Cons. WINDSCHEID, *Pand.*, § 291, n. 1, sobre la posibilidad de estar determinado el sujeto activo de una obligación, mediante la pertenencia de la propiedad de un fundo. La interpretación que sigue el texto es la que da ELVERS, *d. röm Servitutenl.*, § 64, not. 1, de la decisión célebre de PROCULO, ap. POMP., 19 D. *De usuf.*, VII, 1, en la que, a primera vista, aparece legado el usufructo de un edificio e impuesta sobre él una servidumbre *altius non tollendi* en beneficio del fundo hereditario. La interpretación de la Glosa y de muchísimos entre los escritores posteriores (CASTILLO, *loc. cit.*, nn. 25-30; MENOCHIO, *loc. cit.*, pr. 133, n. 2; MANTICA, *loc. cit.*, n. 8; AVERANI, *Interpretation. juris* I, III, tit. 19, n. 11, etc.), es, a la inversa, que bajo el nombre de usufructo se lega la propiedad, interpretación que siguen también aquellos que no inducen el legado de propiedad de la prohibición de enajenar impuesta al usufructuario; porque si la prohibición de elevar el edificio lleva consigo la constitución de una servidumbre, es incompatible con la reunión de la propiedad de los dos fundos en el heredero. Pero es tanto menos aceptable la interpretación, cuanto que en la ley 19 no se trata de una fórmula testamentaria sometida a la opinión del jurisconsulto, sino de una fórmula que sugiere él

piedad con sustitución fideicomisaria, y habiendo en consideración los preceptos del Derecho actual, ya no se trata de averiguar sólo lo que el testador haya querido, sino lo que haya podido querer; y el problema de interpretación se mezcla con el de los límites entre disposiciones lícitas e ilícitas, cosa que pide un estudio aparte, que haremos en el párrafo siguiente.

Es doctrina corriente, asimismo, que la incompatibilidad puede resultar de la facultad de enajenar que haya sido concedida expresamente al legatario (1). Pero hay que distinguir: la discusión no surge si, comprendiendo el usufructo cosas fungibles, el usufructuario, que, según la disposición literal de la ley, tiene derecho a servirse de ellas, puede igualmente venderlas, quedando obligado a restituir su valor o el justiprecio al acabar el usufructo. Tampoco cuando esta facultad pueda serle concedida implícita o explícitamente, respecto a cosas no consumibles que formen parte del objeto del usufructo o constituyan su único objeto, siempre que sean susceptibles de ser sustituídas por otras del mismo género. Yo no veo inconveniente alguno en que, legado el usufructo de un fundo, se dé al legatario derecho a enajenarlo, siempre que al mismo tiempo le sea impuesta la obligación de restituir el valor o el precio al terminar el usufructo (2). En esta forma, lo que verdaderamente se constituye, no es el usufructo del fundo, sino, alternativamente, el usufructo del fundo y el de su valor, con derecho a elegir el legatario y posibilidad de ejercitarlo, aun después de posesionarse del fun-

---

mismo; ateniéndonos a la letra, *ut servitus imponatur*, según ELVERS, para lograr el fin mismo a que serviría la constitución de la servidumbre, imponiendo al usufructuario una obligación personal. Análoga a la de ELVERS es la explicación que da ROBY (l. cit. en la *Introduction to the study of Digest*, p. II). NOODT (*De usufructu*, I, II, c. I) explica así el pasaje: Se quiere constituir una servidumbre sobre la *insula*, cuya propiedad se lega en beneficio de otra *insula* hereditaria. Para constreñir al legatario a constituirla, existen dos medios: legarle puramente la nuda propiedad y dejarle el usufructo a condición de que asuma la servidumbre, o legarle la propiedad plena bajo condición de que pierda el usufructo y recaiga en el heredero, si infringe aquél la servidumbre. Pero, indudablemente, puede constituirse la servidumbre directamente por el testador, con una explícita reserva: JUL., 1, D. *D. servit leg.* XXXIII, 3. (Cons. WINDSCHEID, *Pandekt.*, § 212, n. 2), y así se derrumba toda esta ingeniosa construcción.

(1) MENOCHIO, *loc. cit.*, pr. 133, n. 4; CASTILLO, *loc. cit.*, nn. 48-50; MANTICA, *loc. cit.*, c. IX, tit. V, n. 14.

(2) PROUDHON, *loc. cit.*, nn. 516-517.

do legado. Por lo tanto, no es incompatible la cualidad de usufructuario con la facultad del legatario de transformar él mismo el objeto del usufructo mediante la venta. Pero me parece que no hay que precipitarse en inducir un legado de este contenido por la cláusula que atribuye al usufructuario la facultad de enajenar; cuando su responsabilidad para la restitución del equivalente no esté expresamente asegurada frente al heredero o legatario de la nuda propiedad, únicamente podrá inducirse si resulta con claridad en oposición con el derecho que le esté atribuído, el derecho del heredero o de otro legatario de la misma cosa.

Puede también suceder que la facultad de enajenar se refiera a objetos particulares de los comprendidos en el legado de usufructo y con ella asignar la propiedad de éstos al legatario, pero sin alterar el carácter de usufructuario que le corresponde respecto a los que forman el contenido principal del legado (1). Cuando no sean posibles estas interpretaciones del legado, decide acerca de su determinación la facultad de enajenar, y no puede menos de reconocerse en él un legado de propiedad, aunque haya sido calificado de usufructo (a). Las disposiciones accesorias, que sobre la cosa misma confieran a otro un derecho eventual para después de la muerte del legatario, encierran una sustitución fideicomisaria, y son nulas, por consiguiente, según diré en el número 128.

---

(1) Apel. Turín, 13 de Octubre de 1870, *Giur. tor.*, VIII, 59.

(a) [En Derecho español, dada la definición del usufructo del artículo 467, parece que hay que admitir la posibilidad de que se autorice al usufructuario para disponer de los bienes, sin que por ello pierda el derecho de usufructo su naturaleza propia, salvo siempre la voluntad del testador, norma suprema en materia de disposiciones testamentarias. La sentencia del T. S. de 19 de Noviembre de 1898 declaró que la facultad que el testador otorga al heredero para vender o gravar el todo o parte de los bienes, no quita a la institución su naturaleza usufructuaria, ni autoriza al instituído para disponer de ellos *mortis causa.*]

§ 3. EL USUFRUCTO, EL FIDEICOMISO Y LAS DISPOSICIONES CONDICIONALES.

SUMARIO: 108. Funciones del usufructo y del fideicomiso. - 109. Fundamentos de la prohibición de las sustituciones fideicomisarias. - 110. Comparación entre la posición económica del usufructuario y la del fiduciario. - 111. Investigación acerca de la línea divisoria entre las disposiciones lícitas como legados de usufructo y las disposiciones prohibidas como comprensivas de una sustitución fideicomisaria. Criterios diferenciales que deben rechazarse. - 112. Criterios diferenciales que deben admitirse. - 113. Reglas de interpretación de las disposiciones ambiguas. - 114. Aplicaciones. - 115. Legado de usufructo en relación con otro de propiedad sujeto a condición suspensiva. - 116. Legado condicional de la propiedad al mismo legatario del usufructo. Revisión de la teoría de las condiciones en las disposiciones de última voluntad. Término extintivo en los legados. - 117. Término extintivo y sustitución fideicomisaria. 118. Condición resolutoria. Diferencia del término *ad quem*. Consecuencias necesarias del preordenamiento de la resolución condicional. - 119. Consecuencias facultativas de este preordenamiento. - 120. Límites de la imposición de condiciones resolutorias en los legados. - 121. Imposibilidad de condicionar resolutoriamente la institución de heredero. - 122. Continuación. - 123. Situación jurídica del instituído con obligación de no dar o de no hacer cuando presta caución. - 124. Imposibilidad de condiciones suspensivas *post mortem*. 125. Recapitulación y aplicaciones. Legado de usufructo y legado de propiedad bajo condición resolutoria. - 126. Legado de usufructo y legado de propiedad bajo condición suspensiva. - 127. Disposiciones condicionales equívocas. 128. Usufructo con facultad de enajenar y fideicomiso de residuo.

108. La función originaria del usufructo es la que ha quedado como su función principal, o sea la de ampliar el poder de disposición del propietario y posibilitarle que rija la suerte de los bienes que deja al morir hasta un tiempo alejado del en que necesariamente se extingue su potestad natural. Con la constitución testamentaria de un usufructo logra el propietario asegurar la utilidad de que son capaces sus bienes, a dos clases sucesivas de personas: primero al usufructuario, y después de la muerte de éste, al heredero o legatario de la propiedad. Esta función misma fué un tiempo desempeñada en el Derecho romano por la institución del fideicomiso, que surgió y fué reconocido para que fuera posible la transmisión del as hereditario, o de cosas singulares en él comprendidas, a aquellas personas que según las rígidas normas del *jus civile*, eran incapaces de recibirlas directamente del disponente; elevado a

obligación jurídica el encargo de restituir al fideicomisario y el correlativo reconocimiento del derecho temporal de disfrute del llamado primeramente, vino a ser apta la institución para asegurar un resultado económico análogo al que se obtiene con la constitución del usufructo. Con el fideicomiso, la voluntad manifestada por el propietario para la época de su muerte, adquiría el poder de determinar la atribución de la utilidad de sus bienes no en uno sólo, sino en dos momentos distintos, en dos órdenes sucesivos de beneficiados; la diferencia consistía en que en vez de suspender, como sucede en el usufructo, la plenitud del dominio (deferido desde el primer momento al segundo llamado), imponía la obligación al primero de trasladar a su muerte al segundo ese pleno dominio.

Pero como el fideicomiso excluía la necesidad de reconocer desde un principio el derecho que se quería entrase en vigor en un momento ulterior, de tal fuerza de expansión se le dotó que hubo de trascender inmediatamente de la limitada función que desempeñaba y le era común con el usufructo, hasta convertirlo en un instrumento de sujeción de las generaciones sucesivas al dominio de la que les transmitía, vinculada, su herencia. A diferencia de esto, el usufructo (en su forma normal, al menos, hasta que sufrió después el influjo de la legislación fideicomisaria) no implicaba la escisión entre la propiedad y el disfrute más allá de una generación; mientras que, una vez transformado en obligación jurídica el mandato, cometido a la fe del legatario o del heredero, de restituir a otro los bienes, se dedujo de ello la posibilidad de imponer una obligación civil al favorecido con la restitución, y vincular así por tiempo indefinido y con una serie de llamamientos, el destino de la propiedad.

109. El movimiento legislativo que llevó a nuestro Derecho a la prohibición de las sustituciones fideicomisarias estuvo en grandísima parte determinado por los inconvenientes políticos y económicos de la multiplicidad de las sustituciones sucesivas. A virtud de éstas, la fecunda acción de la concurrencia fué sustituída con el inmóvil privilegio; y la tendencia a la concentración de la tierra en manos de unos pocos no estaba compensada con la posibilidad de su división y de su paso a los más aptos para aumentar la producción en interés propio y en el de la sociedad. A la sombra del privilegio creció la inercia, y con ella, la prepotencia de los privilegiados, tanto más opuesta al interés general cuanto más distaba de ser una consecuencia de la actividad y del esfuerzo personal para con-

servar y aumentar la propia riqueza. Y el mismo interés de las familias privilegiadas se aseguraba sólo a costa del sacrificio de la familia considerada como una unidad natural de personas unidas por vínculos de sangre; el vínculo fideicomisario a favor del primogénito o de los nacidos antes, conducía a las más inicuas desigualdades en daño de los restantes miembros de la familia. Y por otra parte, la obligación de dar a éstos indemnizaciones pecuniarias por su exclusión de la herencia, reproducía en cada generación la ruinosa tarea de separar el capital móvil de la tierra, agravada a su vez por la dificultad de recurrir al crédito en razón a que, como los bienes eran inalienables, no servían de garantía, e impedíase, por tanto, el progreso y mejoramiento del cultivo. Unamos a esto el perjuicio de discordias y litigios innumerables, suscitados por los parientes sacrificados, y que no tenían otro recurso que mover contienda sobre interpretaciones de voluntad, irregularidad en las formas, composición del patrimonio, porción de bienes que podían detraerse, etc., etc.: y no se olvide la posibilidad de abusar de las sustituciones ocultando la inalienabilidad para engañar a los acreedores (1).

Pero los legisladores de la Revolución no se limitaron a dar un paso más en la vía señalada ya por la Ordenanza de Orleans de 1560, la de Moulins de 1566 y la de 1747, que redujeron a dos grados la eficacia de las sustituciones; lo que sancionaron fué la prohibición de toda clase de sustituciones fideicomisarias, seguida en gran parte por los redactores del Código de Napoleón, que las autorizaron únicamente en algunos casos excepcionales; y la prohibición fué reproducida en los términos más absolutos, después de una efímera vuelta al sistema antiguo que intentaron las Restauraciones en Francia e Italia (2), por los redactores del Código nuestro, que, de otra parte, pudieron apoyarse en precedentes naciona-

(1) Cons. SMITH, *Ricchezza delle nazioni*, l. III, c. II; SISMONDI, *Nuovi principii d'Econ. polit.*, l. III, c. XII; DROZ, *Princ. della scienza della ricchezza*, l. II, c. III; BIGOT-PRÉAMENEU, *Exposé des mot. de la loi 13 floréal an XI* (Cód. Napol., l. III, tit. II) ap. LOCRÉ, *Législation de la France*, t. XI, ps. 359 y siguientes.

(2) Ley francesa de 17 de Mayo de 1826, modificada por la de 21 de Mayo de 1835, y derogada por las de 17 de Enero, 30 de Abril y 7 de Mayo de 1849; Cód. estense, l. II, t. 33 y decreto de 1814, que lo pone en vigor, pár. 9; decreto soberano de 1814, que pone de nuevo en vigor en el gran Ducado de Toscana, el Derecho común, § § IV y V; Cód. austriaco, § § 604 y siguientes; Cód. de las Dos Sicilias, arts. 945 y siguientes; Cód. parmesano, ar-

les dirigidos a limitar el alcance de los fideicomisos (1). No parecen justificar suficientemente esta medida radical las razones señaladas en la Exposición citada por BIGOT-PRÉAMENEU de que la sustitución limitada por razón de la ley a un cierto lapso, renovada por voluntad de aquellos a quienes se investía de los bienes vinculados, se convertía de hecho en sustitución perpetua a expensas de la familia; porque cuando la sustitución limitada a uno o dos grados se considera un sistema sucesorio bueno y apto en sí para conciliar los intereses de la familia con los intereses de la sociedad, si se trastrueca perpetuándose por la fidelidad ciega de los sucesivos disponentes a las normas de los predecesores, el remedio hay que esperarlo, más bien que de la actividad legislativa, del rescate de la libre iniciativa por parte de aquéllos. Y además, porque en las sustituciones limitadas, aunque se renueven, hay una necesaria solución de continuidad, un período en que cesan los efectos del privilegio y recobran su libertad las leyes económicas. La sustitución no puede renovarla el fiduciario, obligado a restituir, y que no cumple enteramente esta obligación si supedita la restitución a condiciones que no existían en la primitiva disposición; pero a las manos del fideicomisario por mandato categórico de la ley que limita la sustitución, los bienes llegan como libres; podrá vincularlos en sus sucesores, pero para él, y mientras vive, no quedan sustraídos al comercio.

En realidad, la limitación en las sustituciones no mereció ser condenada sólo porque constituyese una preparación a las sustituciones indefinidas o perpetuas, sino porque este interés privado chocaba con el interés social. Los gravados con la sustitución no obtenían ventaja alguna de los cuidados y gastos que hicieran para aumentar permanentemente la productividad de los bienes vinculados. Nota también BIGOT-PRÉAMENEU que los esfuerzos de aquél sólo se encaminan a precipitar los productos y aumentar las utilidades actuales, aunque se perjudiquen los que le sucedan; falta en el gravado, por lo tanto, interés para un cultivo racional, que mantenga y desarrolle la fuerza productora de los bienes, y mucho menos pueden interesarle las transformaciones de cultivo, las mejoras y el saneamiento; y el sustituto carece de derecho, por todo el tiem-

---

tículos 689 y siguientes; leyes civiles de Carlos Félix, arts. 85 y siguientes; Reglamento Gregoriano, arts. 38 y siguientes; Cód. Albertino, art. 879 y Edicto de 14 de Octubre de 1837.

(1) V., por ej., el *Motu proprio* Granducal de 14 de Marzo de 1728 y el de 22 de Febrero de 1789 y los Edictos de Carlos Manuel IV, de 1797.

po que dura el vínculo, a mezclarse en la producción y realizar algo con tal fin. Este conflicto del interés privado con el interés social es más acusado aún cuando la ley limita la eficacia de la sustitución a uno o dos grados, porque en el fideicomisario que recibe su derecho de un remoto antepasado y sabe que ha de transmitirlo a una posteridad lejana, puede despertarse la conciencia de la obra colectiva que se persigue a través de los siglos, en cuyo decurso él es sólo un anillo, y sustituir con este impulso a aquel interés personal y beneficio propio que otros herederos libremente pueden atender; pero el propietario de bienes vinculados con la obligación de restituirlos a una o dos generaciones, no puede experimentar otro sentimiento que el de la precariedad de su dominio, y en modo alguno el interés de los sucesores que le han sido impuestos puede animarle a desplegar una actividad socialmente útil, como la que desplegaría para los suyos o mirando al bienestar de los que elegimos libremente para que nos sucedan.

110. Ahora bien: sean cualesquiera las diferencias que medien entre el legado de usufructo y la sustitución fideicomisaria, tienen de común los dos que entre los bienes legados y uno de los beneficiados se establece un vínculo temporal insuficiente para identificar sus intereses personales con el interés de mejorar los bienes, que es un interés social. Y si el legado de usufructo hace que nazca simultáneamente con el derecho del usufructuario el derecho perpetuo del propietario, mientras dura la relación de usufructo no puede hacer éste mucho más que el fideicomisario, pues no cabe que en beneficio de los bienes sustituya y complete con su actividad la del usufructuario, porque se le prohibe hacer cosa alguna que turbe el disfrute del usufructuario mismo; más aún, a esta dificultad jurídica va unida frecuentemente una económica, porque carece de los ingresos que habría de consagrar total o parcialmente al mejoramiento de los bienes. Si el legislador lo que quiso con prohibir las sustituciones fué herir un vínculo económico más bien que una determinada forma jurídica de que se revestía aquél, no es fácil averiguar por qué ha conservado la institución del usufructo (1). Hay necesidad de decir, sin embargo, que acaso no tuviera el legislador una idea clara de las extensísimas aplicaciones de que es susceptible el usufructo, y quisiera mantener la posibilidad de recurrir a él

(1) V. un art. de PRESUTTI en la *Giur. it.*, 1891, p. IV, que propugna la abolición del usufructo.

para satisfacer necesidades en algunos casos particulares en que resultase más perjudicial aún la división de la propiedad que la imposición de un vínculo, y fuera insuficiente la consignación de una renta para discernir una liberalidad deseada. O que, por último, ante la consideración de los daños que acarreaba la indefinida duración de los fideicomisos, pasase por los inconvenientes económicos de aquellas relaciones transitorias y accidentales del dominio precario; los tiempos no estaban maduros para adoptar una resolución radical que resueltamente privase al testador de todo lo que no fuese la facultad de señalar en una forma simple, completa y definitiva la atribución de sus bienes.

111. De las consideraciones anteriores resulta que no hay que buscar en una profunda divergencia de principios la línea divisoria entre disposiciones lícitas como legados de usufructo, y disposiciones prohibidas por encerrar una sustitución fideicomisaria; formalmente, la oposición es clara; será lícita toda disposición que atribuya a una persona el disfrute actual de los bienes, ya sea llamada la misma persona u otra para adquirir inmediatamente la propiedad conforme a la ley. Es ilícita la que atribuye a la persona llamada al disfrute actual el nombre y cualidad de propietario, y quiere que por medio de ésta reciba otra los bienes, sucediéndole a su muerte con igual calificación. Pero si atendemos a la sustancia de la cosa y a los efectos de las dos disposiciones, son más los puntos de conformidad que los de divergencia. Si se trata de la sucesión en una universalidad o en una cuotaparte de la herencia, la diferencia es muy acusada; si el primer llamado al disfrute no ostenta el carácter de propietario, es sucesor a título singular, como hemos demostrado en el § 1.°, y no es responsable directamente para con los acreedores, ni puede ser obligado a satisfacer de su propio peculio el déficit del activo hereditario, ni está facultado para proceder él mismo a la liquidación del patrimonio y a detraer a su elección éstos o aquellos bienes. Si se trata, por el contrario, de la sucesión en bienes particulares, aun cuando el llamado primeramente al disfrute ostente el carácter de propietario, no se establece relación alguna con los acreedores de la herencia, y la nota típica y más saliente del derecho que se le atribuye es la misma que caracteriza al usufructo; porque, como el usufructuario, responderá de la custodia y de la conservación de la cosa para con el llamado a disfrutarla después de él.

No puede encontrarse una nota diferencial en los caracteres

especiales que se estimaban propios del fideicomiso en una u otra de las legislaciones anteriores, como el que con preferencia ponen de manifiesto la mayor parte de los escritores (1) de estar subordinada a la condición de que sobreviva al primer llamado la vocación del sustituto. Esto no es un requisito esencial de la sustitución fideicomisaria, dada la naturaleza de esta institución y los términos del precepto que la excluye del Derecho vigente. El Derecho prusiano (2), y según una opinión autorizada, el Derecho austriaco también (3), atribuyen al sustituto, como el Proyecto de Código civil alemán (4), un derecho, que es enajenable y transmisible por herencia, a recoger la sucesión a la muerte del fiduciario. No es menos ineficaz la vocación sucesiva a la propiedad en nuestro Código, porque el derecho del llamado en segundo lugar fuese ampliado expresamente a sus herederos. Ni, por otra parte, podría pasar de la categoría de disposiciones lícitas a la de las prohibidas un legado de usufructo porque el constituyente, usando de la facultad que le concede la ley, modificase los derechos y las obligaciones del usufructuario y viniese a aproximar cada vez más su posición jurídica a la del fiduciario; como si ampliase sus obligaciones respecto a reparaciones o le asegurase con mayor amplitud de la permitida por la ley, indemnización por las mejoras que quisiera realizar (5).

En nuestro Derecho falta un requisito que en el Derecho francés distingue de la sustitución el doble legado de propiedad y de usufructo. En el Derecho francés están incapacitados para heredar directamente los no concebidos en la época de la delación de la herencia, y, por consiguiente, no puede llegar hasta ellos una liberalidad sino mediante la sustitución fideicomisaria (b). El artículo 764 de nuestro Código permite instituir legatarios o herederos a los hijos de una persona que viva en la época de la muerte del testador; por consiguiente, dejando a éstos la propiedad y a otros el usu-

(1) V., p. ej., PROUDHON, *Usufruit*, t. I, n. 64.

(2) Derecho territorial prusiano, I, 12, § 467.

(3) V. UNGER, *Oesterr. Erbr.*, § 48, not. 2.

(4) *Entwurf*, § 1.810 (a).

(a) [§ 2.108 del actual Cód. alemán.]

(5) V. el parangón que, respecto a estos extremos, hacen AUBRY y RAU, § 696, nn. 76 y 77, entre la posición del usufructuario y la del obligado a restitución, con arreglo a los artículos 1.048 y siguientes del Cód. francés.

(b) [Idéntico es el sistema del Cód. esp. V. la Resolución de la Dirección de los Registros de 23 de Julio de 1924.]

fructo, puede obtenerse uno de los fines económicos para los que parece más exclusivamente apropiada la sustitución fideicomisaria, o sea sustraer a los que vivan al abrirse la sucesión la libre disposición de los bienes y asegurar la plenitud de su dominio sobre ellos a los aún no nacidos (1). Dícese que nuestro Derecho no exige como condición esencial del legado de usufructo la vocación simultánea de otra persona a la propiedad; el llamado a la herencia o a la propiedad del legado puede nacer incluso después de muerto el usufructuario, y, por lo tanto, cabe que carezcan de propietario los bienes durante toda la vida del usufructo. Pero de todas suertes, haya o no un propietario, mientras dura el usufructo aquél no puede obtener de sus bienes más de lo que podría obtener un fideicomisario, estando obligado, como está, a abstenerse de cuanto pueda perjudicar los derechos del usufructuario. Como las leyes conceden al fideicomisario un derecho adquirido y su transmisibilidad hereditaria, puede libremente disponer de ello de modo irrevocable por actos *inter vivos*, al igual que el nudo propietario de los bienes sujetos al usufructo (2), y, cuando no tiene derecho a suceder sino a condición de sobrevivir al fiduciario, puede enajenar e hipotecar su derecho, si bien con eficacia subordinada al cumplimiento de la condición (3).

112. Entre la posición jurídica del usufructuario y la del fiduciario hay una diferencia, consistente en que éste, en su cualidad

---

(1) Los redactores del Código sabían que con esa disposición realizaban una cosa contraria al espíritu de la prohibición de los fideicomisos. Tal precepto implicaba, a juicio de PISANELLI — v. su *Relazione al Senato* en la edición del Código con los trabajos preparatorios hecha por GIANZANA, t. I, p. 67 — , un correctivo necesario a la prohibición de las sustituciones. V. la eficaz crítica que hace PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, t. II, n. 67. Cons. para los precedentes históricos del precepto. TROPLONG, *Disp. entre vifs et test.*, nn. 607, 608. En Derecho romano era imposible, según la opinión dominante, la institución de heredero de los no concebidos, y dudoso si podía llamárseles a recibir un legado o si únicamente podían ser sujetos de un fideicomiso familiar; v. WINDSCHEID, *Pandekt.*, t. III, §§ 535, n. 5 y 625, n. 3. El Proyecto de Código civil germánico, § 1.758, autoriza la vocación al legado y las sustituciones fideicomisarias *(Nacherbeeinsetzung)*, pero no permite instituir a los no concebidos (a).

(a) [V. el § 1.923 del actual Cód. alemán.]

(2) DERNBURG, *Preuss. Privatr.*, t. III, § 159, *i. f.*

(3) V. AUBRY y RAU, § 696, not. 84.

de propietario, aunque temporal, tiene derecho a ejercitar en su propio nombre todas las acciones personales y reales relativas a los objetos comprendidos en la sustitución; y a la inversa, contra él pueden dirigirse todos los que tengan alguna pretensión que alegar sobre estas cosas. En cambio, el usufructuario no puede ejercitar las acciones correspondientes al propietario sino en cuanto afecten al usufructo; y por eso no puede pedir la división definitiva del fundo sobre una parte del cual esté constituído el usufructo, ni podría legítimamente oponerse a la acción *communi dividundo* de un copropietario. Pero aun esta diferencia se atenúa si tomamos en consideración las muchas veces que el interés del usufructuario está compenetrado con el del propietario. El usufructuario puede pedir la delimitación del fundo usufructuado, puede ejercitar las acciones confesoria y negatoria para la eficacia de una servidumbre que corresponda al fundo o para librarlo de una servidumbre que injustamente se pretenda que preste; puede reclamar el fundo a quien lo posea ilegítimamente, y si fuese necesario para sostener el fundamento de su derecho de usufructo, pedir que se declare a quién corresponde la propiedad. Y las medidas que toman la ley y la jurisprudencia para asegurar al propietario, frente al usufructuario que actúa contra los deudores, la conservación íntegra del importe de los créditos, pueden equipararse con las que tutelan al fideicomisario frente al fiduciario (1). Aún hay otra analogía entre los efectos que pueden producir las sentencias que recaigan en las acciones deducidas por el usufructuario o contra él, atinentes a los intereses de la propiedad, y los que produzcan las sentencias que puedan pronunciarse respecto al fiduciario. El propietario puede aprovecharse de las unas, como el fideicomisario puede hacerlo de las otras; pero lo mismo que aquéllas no pueden oponerse al propietario, así éstas no pueden oponerse al fideicomisario. Nudo propietario y fideicomisario se reputan asimismo representados en juicio, respectivamente, por el usufructuario y el fiduciario, cuando se trate de sentencias encaminadas a mejorar su condición, y por el contrario, se consideran terceros si se trata de sentencias que al serles aplicadas menoscabarían sus derechos (2).

Lo que hace más marcada la diferencia entre usufructuario y

(1) V. Cód. fr., arts. 1.056 y 1.066; cons. AUBRY y RAU, § 696, 3.° *b*; v. también el Proyecto de Cód. civ. germ., §§ 1.818, 1819 (a).

(a) [§§ 2.114 y sigs. del vigente Cód. alemán.]

(2) ZACHARIÆ, *Dr. civ. fr.*, § 769, nn. 38 y 39.

fiduciario es que las acciones relativas a los bienes sustituídos corresponden a éste, no sólo de un modo absoluto, sino exclusivo, hasta que ocurra la sustitución. Sean cualesquiera las facultades del usufructuario, el nudo propietario puede siempre ejercitar por sí mismo las acciones relativas a los bienes usufructuados, y aun hacerlo independientemente del usufructuario. En cambio, el fideicomisario no puede nunca por sí mismo comparecer en las cuestiones que se susciten sobre los bienes sustituídos, y si quiere tutelar sus intereses comprometidos por la inacción del fiduciario tiene que dirigirse contra éste y obligarle a actuar; puede también realizar todos los actos conservatorios de su expectativa y dirigirse contra los deudores o terceros detentadores de los bienes, pero únicamente para obtener el reconocimiento de su derecho, para interrumpir la prescripción de las acciones que pudieran prosperar en perjuicio del fiduciario y oponérsele a él más tarde (1), pero nunca para exigir el pago de deudas ni reivindicar los bienes antes de que sobrevenga la sustitución. Por eso la disposición que atribuyese todas las acciones, sin distinción, al llamado en primer lugar, y que lo hiciese con exclusión del segundo llamado, perdería el carácter de legado de usufructo para asumir el de una sustitución fideicomisaria prohibida.

Si el fideicomisario no puede obrar antes de extinguirse el derecho del fiduciario, tampoco hasta entonces podrá impugnar las enajenaciones que ilegalmente haga éste de los bienes sustituídos, aunque para impedir la usucapión del adquirente, y como medida conservatoria, puede pedir el reconocimiento de su derecho (2). Y aquí viene de nuevo a destacarse la posición jurídica del fideicomisario, con respecto a la del propietario, ya que éste puede inmediatamente reivindicar del adquirente los bienes que ilegítimamente le haya transmitido el usufructuario. También en otro aspecto producen diverso efecto las enajenaciones que pudiera hacer el usu-

---

(1) Precisamente por la competencia exclusiva de las acciones al fiduciario, sostenía una doctrina que no podía prescribirse en daño del fideicomisario; v., p. ej., POTHIER, *Tr. des substitutions*, s. V. Pero como el fideicomisario, aunque no pueda él mismo actuar, puede interrumpir la prescripción con actos conservatorios, no parece descaminado entender que, conseguida aquélla contra el fiduciario, puede serle opuesta; v. DURANTON, t. IX, v. 610; TROPLONG, *Prescript.*, n. 795.

(2) De conformidad con la doctrina invocada en la nota precedente, se sostiene también la imposibilidad de la prescripción adquisitiva de los bienes sustituídos; v. en pro y en contra los citados escritores.

fructuario, y que no serían menos ilegítimas que las que hace el fiduciario. Al enajenar los bienes el usufructuario, enajena cosas que no le pertenecen, y por consiguiente, y a tenor del art. 1.459 (a), es nulo el contrato de venta, y el comprador puede pretender la rescisión: en cambio, el fiduciario que vende, perjudica, sí, los derechos del fideicomisario, pero vende cosas que le pertenecen por título de propiedad; y por ello el comprador no puede pedir la rescisión del contrato, sino que deberá aguardar a ser vencido en juicio por el fideicomisario para repetir contra el enajenante o sus herederos.

Otro rasgo sintomático, que distingue la posición del usufructuario de la que tiene el fiduciario, consiste en el derecho que pudiera corresponder a este último, como propietario, en el tesoro descubierto en el fundo sustituído, y sobre el cual tesoro el usufructuario no podría ostentar otro derecho que el eventual que pudiera corresponderle como inventor (1).

Pero las particularidades características de la posición jurídica del fiduciario, desaparecen completamente si son cosas fungibles el objeto de la doble disposición: cuando disposiciones especiales de una ley que autorice las sustituciones no medien para imponer al fiduciario el cambio de estas cosas por otras que pueda conservar individualmente (2), la naturaleza del vínculo coincide completamente con la del cuasiusufructuario (3).

113. Posible es que estas diferencias entre una y otra forma de disposición no aparezcan claras en la mente de quien desea distribuir en períodos sucesivos de tiempo la utilidad de los bienes que ha de dejar, al morir, a beneficio de diversas personas; y también es muy posible que la manifestación equívoca de voluntad no exprese más que una voluntad incierta. ¿Y qué consecuencias en

(a) [En el Cód. esp. no hay texto equivalente a los arts. 1.599 del francés y 1.459 del italiano, que declaran nula la venta de cosa ajena.]

(1) El Proyecto de Cód. civ. germ., § 1.825, no concede al fiduciario más que el disfrute del tesoro descubierto en el fundo, y niega este derecho al usufructuario.

(2) V. Pothier, *Tr. des substitutions*, s. IV, a. II, § 4, s. V, a. IV, § 3.

(3) Por lo demás, la Ordenanza sobre sustituciones de 1747 dice que las cosas fungibles pueden ser objeto de sustitución sólo en cuanto estén comprendidas en una universalidad patrimonial. Otros sistemas jurídicos — v., por ej., el Reglamento gregoriano, arts. 39-40 — excluyen, con razón, que puedan ser objeto de sustitución las cosas fungibles.

orden a la interpretación habrá de tener una manifestación testamentaria que ofrezca la duda de si se quiso constituir un usufructo o un fideicomiso? Cuando el intérprete de un acto crea razonablemente que haya sido inspirado el mismo por un pensamiento claro y resuelto, su oficio está limitado a descubrir este pensamiento, y debe cumplirlo siempre argumentando con rigurosa inducción de las frases del texto o de las circunstancias que hubieron de concurrir en su redacción. Cuando, en cambio, haya motivos para suponer que el acto pueda ser la expresión de una voluntad vacilante entre efectos jurídicos contrarios, más bien que a descubrirla hay que aplicarse a determinarla, reconstruyendo el proceso mental que condujo a aquella manifestación, y completándolo en la forma que su posición se lo consienta, dado su conocimiento de la diferente clase de esos efectos. También en este caso, si para el Derecho objetivo es indiferente que se le atribuyan unos u otros efectos, no se pueden usar para la interpretación elementos distintos de los que ofrece el acto mismo y las circunstancias en que se realizó, y en vía rigurosa de inducción es como hay siempre que proceder para desvanecer la duda. Pero cuando al Derecho objetivo no le sean indiferentes unos u otros efectos, sino que unos estén conformes y otros estén en oposición con preceptos legales, no puede dejar de tomarse en consideración este elemento en el proceso de determinar, no de descubrir, la voluntad; ni puede quedar sin entrar en juego, con los argumentos deducidos de los términos del documento, la consideración de que la ley prohibe una cierta forma de disposición; no puede, en resumen, reconstruirse la voluntad a base de los términos empleados en el texto oponiéndola al Derecho objetivo.

Si la diversidad de efectos de un legado de usufructo o de una sustitución fideicomisaria fuese tan visible como la que resulta entre un legado de usufructo y un legado de propiedad, para decidir acerca del contenido de una disposición equívoca no sería lícito rehuir la valoración de sus términos, aun cuando ésta hubiese de conducir a atribuirle un contenido total o parcialmente contrario a la ley, y, por consiguiente, a privarle de validez en todo o en parte; como si, por ejemplo, se hubieran hecho a favor de una persona incapaz de recibir de otra por testamento liberalidades superiores a las establecidas por la ley; si, por otra parte, permitiese la ley tanto el legado de usufructo como la sustitución (a), no habría motivo

(a) [Tal es la posición de nuestro Cód. esp.]

para inclinar la interpretación a un lado u otro, sino que habrían de tomarse únicamente en cuenta los argumentos que proporcionen los términos de la disposición que hay que interpretar. Pero en nuestro Derecho, que prohibe la sustitución y autoriza el usufructo, cabe que los términos equívocos de una disposición puedan reflejar la conciencia clara de los efectos materiales que se pretenden obtener, y sea oscura, en cambio, la idea de la forma jurídica con la que haya de obtenerse; y sería absurdo inducir que lo que se quiso fué ordenar una sustitución; esto es, que se tuvo el propósito de realizar una cosa jurídicamente imposible. Y esta regla de interpretación, justificada en nuestro Derecho, que declara nula la sustitución y válida la institución o el legado a que va unida, no lo está menos en el Derecho francés, que envuelve en la nulidad de la sustitución la de la disposición conjunta. Sólo cuando aparezca clara y manifiesta la intención del disponente de atribuir al primer llamado facultades que traspasen las del usufructuario, y sean incompatibles con la propiedad del segundo, o de privar a éste, mientras dura el disfrute del primero, de facultades inseparables del derecho de propiedad, habrá que afirmar, sean cualesquiera las palabras usadas, que lo ordenado es una sustitución; y el efecto jurídico querido por el disponente lo modificará el Derecho objetivo consolidando la propiedad del primer llamado y privando de todo derecho al segundo.

114. Aplicando estas reglas de intepretación, como hace la jurisprudencia nuestra en muchos casos, puede reconocerse un legado de usufructo si no se dan al primer llamado facultades incompatibles con la atribución imediata de la propiedad al segundo, aunque impropiamente se le designe con el calificativo de heredero, porque un usufructo es siempre una sucesión a título singular, aun cuando al paso del disfrute del primero al segundo se le haya dado un nombre menos adecuado a la coexistencia de su derecho con el derecho de propiedad de este último (1).

(1) Así fué juzgado legado de usufructo la disposición en que se instituía a la mujer «heredera de todos los bienes» dispensándola de inventario, fianza y cuentas, y «después de su muerte, herederos a los hijos» (Cas. Florencia, 16 Enero 1872, *Annali*, 1873, 1, 59; Apel. Roma, 31 Mayo 1872, *Giur. it.*, 1872, 2, 351). Igualmente el T. de Apel. de Palermo, 14 Septiembre 1874, *Circ. giurid.*, V, 285. Nótese que la dispensa de inventariar y de afianzar, no supone necesariamente la cualidad de usufructuario en quien sin esa dispensa estaría obligado a hacerlo, porque estas mismas obligaciones pueden imponerse a los

No es correcto decir que el segundo sea heredero o legatario después del primero, o después de la muerte del primero, si éste no ha de tener más que un derecho de disfrute, y está en suspenso o diferido únicamente el disfrute del segundo; éste adquiere la propiedad inmediatamente que se abra la sucesión. Y del mismo modo es inexacto que el primero, si es un usufructuario, deba restituir nada al segundo; porque ni restituye el derecho de usufructo, que se extingue necesariamente con su muerte, ni tampoco los bienes que el segundo ha poseído por su mediación, y que él ha tenido en nombre del segundo únicamente. Vigentes las leyes que reconocían el fideicomiso, era lógico que se indujese de ésta o de otras fórmulas análogas la voluntad de establecer una sustitución; hoy es ilógico, porque sería presumir la voluntad de ir contra una prohibición legal, sin conseguir siquiera aquel resultado económico de la división del disfrute en cuanto al tiempo, que es lo único que aparece claramente como propósito manifiesto del testador.

Según hemos visto en el párrafo anterior, el nombre de usufructo no es absolutamente unívoco (1) y no basta a negar el carácter de propiedad con obligación de restituir, que se desprende de la naturaleza de las facultades atribuídas al llamado primeramente a disfrutar los bienes; ni ello es suficiente para excluir de la posición creada al segundo cuando su significado propio no esté contradicho por otras cláusulas, o cuando las cláusulas que formalmente lo contradigan no impliquen la necesidad de reconocer atribuciones de propietario al llamado primeramente (2). Puede, por consiguiente,

---

fiduciarios, y a los fiduciarios frente a los sustitutos se las impone el Código francés. Así, Apel. Catania, 27 de Febrero de 1872 (Sentencia citada por CUTURI, *Dei fedecommessi e delle sostituzioni*, p. 314), ve un prelegado de usufructo en la disposición en que a Ticio, nombrado heredero con otro, se le dejaba parte de una cosa con la cláusula de que después de su muerte, esta parte se dividiera entre los otros herederos. Así, el T. de Cas. de Turín, 23 de Abril de 1890 *(Giur. ital.*, 1890, 1, 459), a propósito de un testamento en que se nombraba a Ticio «heredero universal durante su vida natural» y después de su muerte se instituía a otro, reconoce que puede investigarse la voluntad del disponente e inducir que quiso nombrar a uno usufructuario y heredero al otro.

(1) Como declaraba el T. de Apel. de Bolonia, 18 Marzo 1871, *Giur. it.*, 1871, 2. 176. *Contra:* Cas. Nápoles, 15 Julio 1869, *Giur. it.*, 1869, 1, 447.

(2) Cas. Roma, 5 de Abril de 1876, *Foro* 1876, 1, 647: «El legado de usufructo debe entenderse del usufructo *formal* y no del *causal*, tanto más si se le agrega la cláusula *donec vixerit;* si hubiera querido concederse una propiedad resoluble, se hubiera empleado una forma más adecuada para expresar el traspaso de los bienes en forma de vínculo fideicomisario».

estimarse que existe legado de usufructo aunque se dé al primer llamado el nombre de heredero, y se llame al segundo para después de la muerte de él, si se acentúa el calificativo del primero de simple usufructuario (1), o si, después de haber llamado a uno como heredero a recoger la propiedad con la carga de conservarla y de restituirla, se indica que debe disfrutar de ella a título de usufructuario (2). El Tribunal de Cas. de Roma declaró también que se trataba de un legado de usufructo en un caso en que los bienes se legaron en este concepto a la mujer por toda su vida, y después de su fallecimiento debían dividirse entre los parientes del testador, aun cuando a esta cláusula siguiese otra en el testamento concebida así: Instituyo heredera a mi dicha esposa, para que mientras viva no se la moleste «conforme a las precedentes disposiciones» (3).

(1) «La mujer sea heredera y usufructuaria; después de su muerte, dueño Cayo» (Cas. Nápoles, 20 de Septiembre de 1871, *Annali*, 1871, 1, 116). «Sea heredero Ticio, mero y simple usufructuario; después de su muerte vaya la propiedad a Cayo» (Apel. Catania, 12 Noviembre 1879, *Circ. giurid.*, XI, 118). Análogamente: Apel. Roma, 31 Mayo 1872, *Annali*, 1872, 2, 319; Cas. Florencia, 16 Enero 1873, *Annali*, 1873, 1, 59.

(2) Cas. Turín, 10 Junio 1874, *Legge*, 1874, 1, 1.071; Apel. Nápoles, 4 Agosto 1879, *Gazz. procur.*, XIV, 582; Apel. Palermo, 21 Noviembre 1879, *Giur. it.*, 1880, 2, 109; Apel. Casale, 7 Marzo 1881, *Giur. cas.*, 1881, 363. Aparte de que una interpretación análoga la admitían ya algunos jurisconsultos estando vigente todavía el Derecho común; v. MENOCHIO, *De præsumptionibus*, l. IV, pr. 133, n. 7, y las resoluciones rotales recordadas por CUTURI, *op. cit.*, ps. 303-304. Pero según la opinión dominante, cuando el legatario del usufructo hubiera de restituir después de su muerte, había una sustitución bajo el nombre de usufructo; V. MANTICA, *De conjecturis ultim. voluntat.*, l. IX, tít. V, n. 12; CASTILLO SOTOMAYOR, *De usufructu*, c. XXX, n. 23.

(3) Res. de 21 de Diciembre de 1891, *Giur. it.*, 1892, 1, 103. Sin el último inciso, el fallo hubiera sido distinto, y en la institución de heredero habría sido preciso ver una modificación a las disposiciones anteriores; sin embargo, no puede confundirse esta institución a que se ha concedido un lugar aparte en el testamento, y que según la expresa intención del testador debe dar por resultado asegurar a la mujer contra la posible malquerencia de los parientes el pacífico disfrute de los bienes, con la cualidad de heredero, que se da tan frecuentemente, sin relación alguna con el significado técnico-jurídico de la frase, a quien se llama para recibir el usufructo. Como el usufructuario está expuesto a perturbaciones por las ingerencias del propietario en el disfrute, el medio más seguro para esquivar este riesgo es transformar el legado de usufructo en institución de heredero, que implica la atribución de la propiedad. El inciso «conforme a las precedentes disposiciones» inclina a creer que el testador sólo haya querido confirmar el legado de usufructo; pero así queda ineficaz la institución

Entre las sentencias, en cambio, que creen que lo ordenado sea una sustitución fideicomisaria más bien que un usufructo, fúndanse algunas en la contradicción completa que hay entre la regulación del vínculo que liga al primero y al segundo llamado, y la existencia de un derecho de propiedad del segundo en el momento de abrir la sucesión (1); otras, que carecen de tan ciertos fundamentos para admitir la propiedad del primero y excluir la del segundo de los llamados, fundan su resolución en la circunstancia de que los actos que interpretan se encuentran bajo el imperio de una legislación que no prohibe el fideicomiso (2).

115. Si el legado de usufructo está coordinado con una institución de heredero bajo condición suspensiva, tenemos una disposición que se aproxima a una sustitución fideicomisaria más que a una doble vocación incondicionada en la propiedad y en el usufructo. En efecto, como el derecho del fiduciario tiene por límite, no un derecho actual, sino el derecho futuro del fideicomisario, en este caso resulta que el derecho del usufructuario, mientras la condición se cumple, no tiene ante sí un derecho de propiedad que haya adquirido otra persona y en que tenga ésta interés cierto, y plena y libre facultad de tutelarlo. Ello no obstante, no puede decirse que a una disposición semejante le alcance la prohibición del fideicomiso; porque no sufre alteración la posición jurídica del usufructuario, ni se le transfieren aquellos poderes cuya pertenencia es incierta, mientras pende la condición. Por eso ha sido reconocida muchas veces la validez de la institución de los hijos concebidos y no naci-

---

y frustrado el propósito que el testador expresamente indica, de poner a la mujer a cubierto de las ingerencias de los llamados después de ella; objeto que no se conseguiría aunque la calidad de heredero dependiese de la voluntad del disponente y no de la naturaleza de la disposición, porque la seguridad pretendida no la tiene el heredero en cuanto aumenta su responsabilidad con respecto a la de un legatario, sino el heredero en cuanto es propietario. Cons. además *supra*, pág. 271, notas 4 y 5.

(1) V. Apel. Roma (8 de Julio de 1883, *Temi Rom.*, 1883, 704); se encontraba el Tribunal ante una disposición que hablaba, no sólo de una obligación de restituir, sino que, para garantía de ella, exigía que se inscribiese una hipoteca sobre los bienes. Evidentemente, el derecho de hipoteca es incompatible con el derecho de propiedad del llamado en segundo lugar.

(2) Como la Res. del T. de Apel. de Potenza (3 de Marzo de 1868, *Annali*, 1868, 2, 205), que resuelve acerca de un testamento fechado en 1805, y abierto antes de promulgarse las leyes que prohibían las sustituciones.

dos de una persona (lo cual es una institución sujeta a la condición de que nazcan), juntamente con el legado de usufructo a aquella misma o a otra persona (1).

Una sentencia del Tribunal de Cas. de Nápoles (2), vió una sustitución fideicomisaria en la disposición en que se llamaba heredero a Ticio prohibiéndole enajenar, y debiéndole suceder sus hijos varones, aún no nacidos, y, a falta de ellos, las hembras nacidas o por nacer, y se declaraba expresamente que Ticio debía gozar de los bienes como un usufructuario. El fundamento del fallo se deduce más bien que de los términos de la disposición, de la circunstancia de que fué abierta la sucesión antes de 1819, cuando estaban permitidas las sustituciones fideicomisarias en aquel reino. Si se hubiera tratado de una sucesión abierta con posterioridad, me parece, repito, que no hubiera debido inducirse de los citados términos ambiguos una voluntad contraria a la ley, y que hubiera debido reconocerse una institución condicional y un legado aparte de usufructo. En otro caso, Ticio había sido instituído heredero del padre en los dos tercios de la herencia para disfrutarlos como usufructuario, y se disponía que a su muerte pasaran los bienes a los hijos que él tuviese, y a falta de ellos, a otros parientes. Fué declarada nula la vocación de los hijos no nacidos y la de los parientes sustituídos, por tres motivos principales: porque como Ticio era hijo del testador, le correspondía en propiedad la legítima, que no podía estar comprendida en el legado de usufructo de los dos tercios de la herencia; porque se le imponía la obligación de colacionar las donaciones recibidas en vida del testador y la de pagar los legados, y porque eran inciertas las personas de los sustitutos de los hijos por nacer (3). El motivo último no afecta a la cuestión que nos ocupa, y no podía influir en la validez de la vocación de los hijos por nacer; el segundo no vale, porque si la obligación legal de colacionar o más bien la presunción legal de la obligación de colacionar está establecida únicamente respecto a los coherederos, nada se opone a que el disponente pueda fijar la entidad de un legado ordenando al legatario que colacione o impute a su porción hereditaria las donaciones ya recibidas, y lo mismo puede decirse respecto a la imposición a uno de los legatarios del pago de otro u otros legados. Pero

(1) Cas. Nápoles, 20 Mayo 1880, *Foro*, 1880, 1, 997; Apel. Venecia, 17 Julio 1887, *Temi Ven.*, 1887, 411.

(2) Res. de 10 de Noviembre de 1863, *Legge*, 1864, 2, 370.

(3) Trib. Cons. Constantinopla, 7 de Julio 1879, *Legge*, 1879, 1, 744.

el fallo está justificado suficientemente por el primer motivo; el testador no tiene facultades para privar a los hijos del carácter de sucesores a título universal, ni satisfacer sus legítimas con un legado de usufructo excluyéndoles de participar en la propiedad de los bienes relictos, y, por consiguiente, debe entenderse hecha a título de propiedad la asignación de los dos tercios del as hereditario que comprende la legítima a que tenía derecho el hijo. También debe considerarse válida la institución o el legado de propiedad subordinado a la condición de que el beneficiado sobreviva al llamado al usufructo de los mismos bienes (1).

116. Más difícil resulta trazar una línea divisoria entre las disposiciones lícitas y las prohibidas cuando el legatario mismo de usufructo es llamado a la propiedad bajo condición suspensiva, y cuando el legado de usufructo está subordinado a un legado de propiedad a la persona misma, bajo condición resolutoria. Para resolver las variadas cuestiones que se suscitan en torno a estos extremos, hay que remontarse a los principios que rigen la eficacia de las condiciones en las disposiciones de última voluntad, y la incertidumbre que reina en la doctrina sobre esta materia justifica el que me extienda sobre ello más de lo que convendría a la naturaleza y buena disposición de las partes del presente trabajo.

Los principios fundamentales que me propongo demostrar son los siguientes: Es ineficaz en los legados de propiedad la imposición de una condición resolutoria que coincida con la muerte del gravado: es ineficaz también la imposición de cualquier condición resolutoria en la institución de heredero; es ineficaz, tanto en el legado como en las instituciones de heredero, la condición suspensiva que no pueda realizarse hasta después de la muerte del gravado. Pero hay que ir mucho más atrás para tomar el punto de partida de esta demostración; y ante todo, conviene dejar sentado que no puede admitirse, sin distinguir según los casos, el término que limite la eficacia de los legados.

Siempre que se señale un término a un legado, encaminado a limitar su eficacia a la duración de la vida del gravado (y salvo el caso de que con el término pueda y deba extinguirse el derecho), si dicho término adviniese tendríamos como consecuencia necesaria la transmisión del derecho sobre la cosa misma a una persona distinta de aquella que pudiera ser llamada a recogerla por imperio de la

(1) CUTURI, *Fedecommessi e sostituzioni*, ps. 313, 314. Si la condición no se cumple, serán llamados los herederos legítimos.

ley o por disposición de última voluntad del mismo investido, que es en lo que consiste precisamente el establecimiento de un orden privado de suceder, o sea, la sustitución fideicomisaria prohibida por el art. 899. Se ha dicho que el legado a término no encierra una sustitución fideicomisaria si no va acompañado de una segunda vocación, porque en este caso recaería el derecho legado en el heredero, una vez llegado el término (1). Pero no veo por qué la restitución al heredero, o al heredero del heredero, deba y pueda distinguirse de la restitución a un extraño. Prestado el legado, se extingue la obligación del heredero, que no mantiene ya relación alguna con el legatario ni con la cosa legada; y respecto a la última, se convierte en un tercero frente al testador y al legatario. Que en cambio pueda señalarse al legado un término cierto, que sea presumible alcanzar antes de la muerte del legatario (tratándose de un término cierto tan remoto que no pueda presumirse su cumplimiento hasta después de la muerte del legatario, habría que calificar la disposición como infractora de las leyes que vedan las sustituciones), y que, por consiguiente, pueda implícitamente ser reservado al heredero, transcurrido el término, el derecho a la restitución, aparece con toda claridad de las posibilidades que la ley ofrece al admitir la licitud de los legados con señalamiento de un término cierto (art. 856) (a) para que pueda reservarse a otro explícitamente, en todo o en parte (2), lo que constituye el objeto de la primera liberalidad. El término inicial de la segunda presupone el término final de la primera; no en el sentido de que deba y pueda realizarse *ope juris* el paso del derecho perpetuo reconocido al gravado, sino, como hemos dicho en el núm. 99, en el sentido de que éste está obligado desde aquel momento a transmitirlo a otro; y en este mismo sentido puede estar limitado, por un término cierto, el derecho del gravado, sin que se haga expresamente la designación del beneficiario de la restitución (3).

(1) SCARLATA PREVITERA, *La quota di legittima del coniuge superstite*, c. II, n. 24; BORSARI, *Comm.*, § 1.831; LOMONACO, *Istituz. di dir. civ.*, t. II, § 91.

(a) [Cfr. art. 805 del Cód. esp.]

(2) No ofrece duda, en el Derecho vigente, que el segundo legado puede tener la misma extensión del que se hizo al gravado, aun cuando no traten de esto de un modo expreso los escritores de Derecho hereditario; como tampoco ofrece duda respecto al Derecho común; v. p. ej. DONELO, *Comm. jur. civ.*, l. VIII, c. IX, n. 3.

(3) En el Derecho romano antiguo no podía ser gravado el legatario con un legado: GAYO, II, 260, 271; ULPIANO, XXIV, 20; pr. I. *De sing. reb.*, II,

117. Precisamente de este reconocimiento del término cierto inicial y final en materia de legados procede la justificación de las interpretaciones que restringen la prohibición de las sustituciones fideicomisarias, criterio aceptado casi sin protesta por la doctrina que cree que lo único vedado es la obligación de conservar por toda la vida y restituir a la muerte (1). Claro que también la obligación

---

24; y desde luego, el reconocimiento en materia de legados de un término inicial no comprendía la necesidad de reconocer en correlación a ellos un término final. Cuando pudo ser gravado el legatario, con eficacia jurídica, con un fideicomiso simple o a término, la ineficacia del término final (POMP., 55, D. *De leg.*, 1.°, XXX; PAULO, 44, § 1, D. *De o. et a.*, XLIV, 7) no era sino un principio meramente formal si se ordenaba un fideicomiso, y una contradicción arbitraria cuando el fideicomiso no existía. JUSTINIANO (l. 26, C. *De leg.*, VI, 37) la suprimió, prescribiendo que, a falta de otra disposición, volviese el legado a los herederos al llegar el término. V. *infra* la nota 1 en la pág. 300. De una frase de la l. 26 *(... de legatis temporalibus utpote irritis)* se ha pretendido inducir también que en el Derecho anterior no era ineficaz el término, sino inválido el legado a término; pero esto está en contradicción con lo que resulta claramente de los citados pasajes del Digesto, y hay que presumir negada, no la eficacia de los legados temporales, sino la temporalidad de los legados; v. CZYLHARZ, *z. Lehre v. d. Resolutivbeding.*, nn. 24-27.

(1) Entre otros que justifican la interpretación restrictiva del artículo 896 del Cód. franc., está DURANTON, t. VIII, n. 78. Lo más corriente es que se recurra al significado tradicional que en la jurisprudencia antigua tenía la frase «sustitución fideicomisaria» y a los propósitos que se manifestaron en las discusiones sostenidas por los redactores del Cód. de Napoleón. Pero no cabe duda que con frecuencia el significado de «sustitución fideicomisaria» se extendió también a las restituciones después de un término cierto; v., por ej., MENOCHIO, *De Præsumptionib.*, l. IV, pr. 89, n. 137; MANTICA, *De conject. ult. volunt.*, l. X, n. 5, tít. VIII; y así, el Código austriaco (§ 608) llama sustitución fideicomisaria a la imposición al primer llamado de la obligación de restituir después de la muerte «o en otros casos determinados». De la letra del artículo 899 puede sacarse un argumento sutil en apoyo de la opinión común, porque no prohibe la carga de conservar para restituir, sino que, por separado, veda la obligación absoluta de conservar primero, y después, la obligación de restituir; la obligación de conservar, sin otra determinación más, implica que se conserve durante todo el tiempo en que sería posible no hacerlo; esto es, por toda la vida. Contra la opinión corriente, v. últimamente BREZZO, *Studi scientifico-pratici-Sostituzione fedecommissaria e condizione testamentaria risolutiva*, n. VII, quien encuentra difícil, aunque no imposible, distinguir las sustituciones fideicomisarias del legado a término; pero no cree necesario señalar ni aun someramente los criterios que deberían de emplearse para esta distinción. LAURENT *(Princ.*, t. IV, n. 449), considera fundado únicamente en la tradición y

de restituir después de un término cierto encierra los inconvenientes económicos de que va acompañado siempre el dominio precario; pero éstos serán tanto menos graves cuanto menor sea su duración, que normalmente no puede pasar de la duración de una vida humana. Además, esta forma de disposición es mucho menos elástica que la sustitución fideicomisaria *post mortem* y que el mismo legado de usufructo, porque se presta a una aplicación más amplia, y porque sirve de instrumento a las extralimitaciones que comete la

---

en los trabajos preparatorios el hecho de que la prohibición de las sustituciones se reduzca a la de obligar a restituir después de la muerte; pero encuentra entre el legado a término y la sustitución fideicomisaria estas diferencias: que la sustitución implica una doble vocación; que por tanto, al fideicomisario no se le llama directamente, sino por medio del fiduciario, y que la delación del legado a término ocurre a la muerte del disponente, de suerte que si el legatario muere antes del término, trasmite su derecho a los herederos. Pero todas las disposiciones a título particular son indirectas; el beneficiario tiene un derecho de obligación contra el gravado, y por medio de éste recibe la posesión de los bienes; como hemos hecho notar, las disposiciones a término no procuran más que un derecho de obligación al legatario, quien recibe la propiedad mediante el heredero gravado. Tampoco la transmisibilidad a los herederos puede constituir una característica para distinguir el legado a término de la sustitución en el legado, porque la sustitución fideicomisaria no está necesariamente subordinada (v. el n.° 106) a la supervivencia del sustituto, y no quedaría menos prohibida si se dispusiese que no caducara porque el sustituto premuriese al hecho de la sustitución. No puede, por último, considerarse nota específica del legado a término el que no procure la adquisición directa al legatario de un derecho real, y no cree, por tanto, mientras pende el término, un vínculo real sobre los bienes legados. Claro que sería ineficaz la disposición testamentaria encaminada a constituir semejante vínculo; y si hubiera de aplicarse el nombre de sustitución fideicomisaria sólo a la doble atribución del derecho de propiedad en tiempos sucesivos, habría que declarar nula la sustitución para después de un cierto término, como la sustitución *post mortem;* pero si sólo juzgásemos prohibida la vocación sucesiva que encierre un vínculo real, deberíamos, por el contrario, creer permitida la vocación que no implicase un vínculo de esta clase, aunque se difiriese hasta la muerte del gravado; o en otros términos, contra la letra y el espíritu del artículo 899, la imposición de la obligación personal de conservar y restituir *post mortem*. En realidad, existe también sustitución fideicomisaria cuando el fiduciario sólo tiene la obligación personal de restituir la misma cosa recibida, como ocurría en el Derecho romano antes del Senadoconsulto Trebeliánico, y como existe en el proyecto de Cód. civ. alem. con respecto al legado sucesivo (§ § 1.884, 1.885; cons. *Motive zu d. Entw.* en los párrafos citados). A lo que se dirige, repito, el art. 899 no es a una, más bien que a otra forma especial jurídica en que pueda ser ordenada la transmisión suce-

soberbia de los testadores en el campo que la ley quiere reservar a la libre actividad de los vivos (1).

Cuando el legado tiene por objeto cosas fungibles, dar eficacia al término puesto conduce a imponer al legatario la obligación de transmitir su equivalencia al heredero o a un segundo legatario; no la de conservar y restituir las mismas cosas recibidas, y, por consiguiente, desaparece la razón de excluir la eficacia del término coincidente con la muerte del legatario o que la sobrepase (2).

---

siva de los bienes, sino a todas las que puedan surtir aquellos efectos, efectos que, como se reconoce en los *Motive* del Proyecto de Cód. civ. alem., donde se da la justificación de las limitaciones señaladas para el legado sucesivo, se obtienen también, aun cuando más imperfectamente, con el simple vínculo obligatorio «que opera materialmente como el vínculo real, e inmoviliza los bienes si el gravado quiere concienzudamente respetar aquel vínculo, o si obra nada más que con la prudencia necesaria en vista de la responsabilidad que le incumbe». V. las notas siguientes.

(1) Hay que advertir, por lo demás: I, que el legado de propiedad con un término *ante mortem* es interpretado como legado de usufructo a tiempo fijo, cuantas veces no se atribuyan claramente al legatario facultades incompatibles con las de un simple usufructuario; y II, que cuando no aparezca esta incompatibilidad, conviene asimismo interpretar el legado de propiedad con término *post mortem* como legado de usufructo y mantener con firmeza íntegramente la disposición.

(2) Igualmente es válido por completo el legado de cantidad o de una suma de cosas fungibles aplazadas por un término hasta la muerte del gravado, sea heredero o legatario. Esta es la opinión que prevalece (v. DEMOLOMBE, t. XVIII, nn. 124, 127; LAURENT, t. XIV, n. 408; PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, t. III, n. 208), y no vale oponer que, pudiendo la suma legada corresponder al valor de la liberalidad hecha al gravado, hay así un medio fácil y seguro de eludir la prohibición de las sustituciones fideicomisarias (ZACHARIÆ, § 693, n. 23; DEMANTE, *Cours analyt.*, t. IV, n. 10 *bis*). No puede decirse que elude la ley quien hace lo que permite ésta, y la ley autoriza el reparto de la utilidad de los bienes entre dos órdenes sucesivos de personas llamadas mediante el usufructo; por lo cual puede coexistir, tanto un derecho de propiedad con un derecho real temporal de disfrute, cuanto un derecho de propiedad con otro personal a obtener el valor de la cosa después de un cierto término. Lo que la ley prohibe es únicamente el ordenamiento de la sucesión en la propiedad de la cosa misma, y el ordenamiento de la coexistencia del derecho de propiedad con un derecho personal a la restitución de la misma cosa. La posición del llamado a recibir la propiedad y obligado a la restitución de su equivalencia, es idéntica a la del usufructuario de cosas fungibles (V. más atrás, nn. 2-4, 10). Cfr. sobre la validez del legado de cantidad en la época de la muerte del heredero, Apel. Génova, 26 Junio, 1891, *Temi genov.*, 1891, 402; Cas. Turín, 13 Mayo 1892,

118. Así como de la admisibilidad del término inicial puede inferirse la del término final, así del establecimiento de una condición suspensiva en un legado con el que se grave a otro legatario puede inferirse la posibilidad de imponer condiciones resolutorias a los legados. A diferencia de lo que ocurre con las instituciones de heredero, los efectos del legado se agotan con la adquisición por parte del legatario del derecho que aquél tiene por objeto, y si el mismo objeto de un primer legado puede atribuirse a un segundo legatario bajo condición suspensiva, como aparece conjugando los artículos 838, 848 y 856 (1), derívase necesariamente de aquí la posibilidad de la resolución del derecho asignado al primero. Lo mismo que se ordena implícitamente la resolución del primer legado, al establecer uno segundo bajo condición suspensiva, nada se opone a que sea ordenada explícitamente la resolución del primer legado en correlación con una implícita o explícita segunda disposición hecha bajo condición suspensiva (2).

La correlación esta, entre la condición resolutoria y la condición suspensiva, sirve para determinar el efecto de la condición resolutoria; porque, al cumplirse la condición suspensiva, según hemos dicho, adquiere inmediatamente el legatario el derecho legado, y hay que admitir que este derecho lo pierde inmediatamente el beneficiado que lo disfrutaba; profunda diferencia respecto a lo que sucede cuando se trata de un derecho perpetuo legado hasta un cierto término. Esto no se halla en contradicción con el concepto de derecho perpetuo o, para emplear una frase más precisa, con el concepto de derecho de duración indefinida. Las limitaciones que

Il giurista, 1892, 250, y CUTURI, *Dei fedecommessi e delle sostituzioni*, p. II, c. II, § 1, que nota perfectamente que no está confundido con el legado de cantidad el legado de un determinado capital cuya inversión se haya ordenado.

(1) Del art. 838 resulta la posibilidad de gravar al legatario con un legado (a).

(a) [V. el art. 790 en relación con el 791, 858 y 863 del Cód. esp.]

(2) Si la segunda disposición es explícita, está predeterminada la persona del segundo llamado, a quien el legatario instituído bajo condición resolutoria deberá prestar fianza en conformidad con el art. 856; si está implícita, no habrá lugar a fianza, y habrá que llamar en segundo término al heredero o al heredero del heredero, según el momento en que la condición se cumpla. Pero cuando la segunda disposición es explícita, la resolución asímismo ordenada explícitamente, se realizará, aun cuando el segundo llamado no sobreviva a la condición, y cancelada desde ese momento la fianza, se beneficiará de la resolución el heredero o el heredero del heredero.

deriven de un cierto derecho futuro sobre el mismo objeto, contradicen el concepto de derecho perpetuo, de derecho absoluto que tiene la propiedad, tal cual era en el Derecho romano y aparece también claramente en nuestro sistema jurídico, una vez prohibidas las sustituciones fideicomisarias, con lo que se ha acabado, y aun sobrepujado, la supresión de la división feudal de la propiedad en períodos de tiempo sucesivo. No puede darse un derecho de propiedad con la certidumbre de que ha de perderse; pero es inherente a éste, como a todo poder de duración indefinida, la posibilidad alternativa de perderlo o conservarlo, y de aquí la admisibilidad de atribuir un derecho de duración indefinida, que, en relación a un acontecimiento futuro e incierto, preordene la solución de esta alternativa, y subordine su pérdida a una eventualidad, y a la eventualidad contraria, su conservación.

El preordenamiento de esta pérdida eventual hace incierta la duración, pero no la existencia actual del derecho. Quien está investido de un derecho sujeto a condición resolutoria, no tiene en suspenso la pertenencia de él, y la principal consecuencia necesaria de la expectativa legítima que crea en otro la eventualidad de la resolución, es que aquél no pueda disponer en forma que perjudique esta expectativa. Por eso puede usar y disfrutar libremente de la cosa objeto del derecho, disponer de ella, enajenarla y constituir sobre la misma derechos reales de disfrute o garantía; y la validez y eficacia de estos actos de disposición no puede ser impugnada mientras la condición pende, ni por los adquirentes ni por el beneficiado el día de la resolución; únicamente cuando la condición se cumple se resuelven entonces inmediatamente los derechos que se han constituído (art. 1.976) (a). Otra particularidad de la posición jurídica del titular de un derecho bajo condición resolutoria, consiste en que, a semejanza del deudor eventual de cosa cierta, es responsable de la custodia y de la conservación de la cosa; y habrá de indemnizar al llamado en segundo lugar cuando la condición se cumpla, por el perecimiento de la cosa o el deterioro que sufra por su culpa (1).

(a) [Cfr. art. 109 de nuestra ley Hipotecaria.]

(1) El advenimiento de la condición resolutoria implica el traspaso *ope legis* del derecho legado, del primero al segundo legatario; y la llegada del término extintivo sólo implica que el primero está obligado a restituir. Mientras la condición pende o llega el término, la responsabilidad del primero es la misma; pero en tanto llega el término, de la legítima expectativa del segundo no deriva vínculo *real* alguno sobre la cosa. Según la doctrina dominante (v. SA-

119. Pero aquí terminan las consecuencias necesarias de la resolución; posible es que ésta produzca otros efectos, pero no inherentes de un modo esencial a la condicionalidad de la vocación; pueden estar unidos a ella, pero pueden estar excluídos. La retroacción de las condiciones cumplidas no tiene otra sanción que la de los artículos 1.158 y 1.170, que se refieren a las obligaciones condi-

VIGNY, *Sistema*, § 127; VANGEROW, *Pand.*, § 434; SINTENIS, *Civilr.*, § 211, n. 3; KELLER, *Pand.*, § 571; WINDSCHEID, *Pand.*, § 635, n. 1; JHERING, *Passive Wirkungen d. Rechte* en los *Jahrb. f. Dogmat.*, t. X, p. 503; KARLOWA, *d. Rechtsgesch.*, § 17; CZYLHARZ, *z. Lehre v. d. Resolutivbeding.*, § 13; FERRINI, *Teor. gen. dei legati e dei fedecommessi*, págs. 325 y siguientes, etc.), en el Derecho romano antiguo no podía sujetarse el legado a condición resolutoria ni a término; JUSTINIANO modificó este estado de derecho en sentido opuesto con la l. 26, C. *De leg.*, VI, 37. Dada la imposibilidad de gravar con un legado al legatario, de la admisión de la condición suspensiva no puede deducirse la de la resolutoria; pero yo no he encontrado texto alguno que expresamente prive de eficacia a la condición resolutoria; la citada l. 55 D. *De leg.*, I, XXX, únicamente afirma que la obligación del heredero *legatorum nomine* no se extingue por el advenimiento de la condición, lo que equivale o significa (SAVIGNY, *loc. cit.*) que si a un *legatum damnationis* se le agrega una condición resolutoria y *pendente conditione* no acciona el legatario, no queda liberado jurídicamente el heredero porque la condición se cumpla (por lo demás, según una inducción justificada de lo dispuesto acerca de la estipulación a término: JUL., 56, § 4, D. *De v. o.*, XLV, 1, si el legatario acciona después del advenimiento de la condición, el heredero podrá oponerle una *exceptio doli);* pero si bien se explica perfectamente, conforme a los principios del Derecho antiguo, que no pudiera disponerse el *traspaso* del derecho del primero a un segundo legatario, o del legatario al heredero, y por ello careciese de eficacia la fijación del término (v. más atrás nota 3, pág. 295), no hay razón alguna para rechazar que pudiera ordenarse el *traspaso* del derecho del primero al segundo legatario, traspaso que por virtud de la condición se efectuaría *ope legis,* e independientemente de la voluntad del legatario, sin contradecir el principio de que éste no pudiese ser gravado con un segundo legado; y este traspaso, a virtud de una verdadera condición resolutoria, me parece que se reconoce expresamente en dos de los lugares citados y no explicados por WINDSCHEID: ULPIANO, 3, § 4, D. *De adim. leg.*, XXXIV, 4; JUL., 81, § 2, D. *De leg.*, I, XXX. La l. 26, según esta opinión, se refería únicamente a los legados con término (como han sostenido otros, pero para deducir muy diversas consecuencias; esto es, la conversión de la condición resolutoria puesta en disposiciones de última voluntad, en la condición suspensiva contraria; v. *infra*, n. 127, VIII), y reconocía una eficacia simplemente indirecta y obligatoria al término (como lo ha sostenido, por ejemplo, CZYLHARZ, *loc. cit.*, que no ve se atribuya sino una eficacia también indirecta a la condición); la condición resolutoria, en cambio, antes y después de aquélla, habría desplegado eficacia *directa* y *real*.

cionales (a). En realidad, la razón de analogía que se invoca para aplicar esta regla a los legados no es muy sólida, si atendemos a que lo que especialmente señala el artículo 1.170 como efecto de la retroacción, o sea la transmisión del derecho a los herederos del acreedor muerto mientras pendía la condición, está rechazado expresamente para los legados en el artículo 853 (b). Pero la doctrina está unánime en que de la retroacción de la condición cumplida, tal como la entiende la ley, no se deriva, necesariamente, la extinción del más importante de los efectos, que, *pendente conditione*, provoca la atribución de un derecho resoluble; esto es, la adquisición de los frutos que la cosa produce. Sin embargo, algunos escritores dicen que hay que presumir coordinada con la resolución la obligación de restituir los frutos, aunque pueda manifestarse en contrario la voluntad de las partes; otros niegan que pueda derivarse esta presunción de la condición resolutoria (1). Nada más legítimo que trasladar esta interpretación a las disposiciones testamentarias y subordinar a una determinación accesoria de la vocación condicional la imposición de la obligación de restituir los frutos al llamado en el momento de la resolución (2). De todas

(a) [Cfr. art. 1.123 del Cód. esp.]

(b) [Comp. los arts. 759 y 799 del Cód. esp.]

(1) V., acerca del particular, LAROMBIÉRE, *Obligations*, ad a. 1.183, n. 68; GALLAVRESI, *Condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, nn. 46 y siguientes; GIORGI, *Obbligazioni*, t. IV, n. 374, y los autores allí citados. LAURENT (*Principes*, t. XVII, nn. 78-84) cree, en cambio, que está necesariamente coordinada con la resolución la restitución de los frutos (c).

(c) [En la doctrina patria MANRESA (*Comentarios*, t. VIII. pág. 150, 3.ª edic.) da por supuesta la obligación de restituir los productos, salvo pacto en contrario, ya que el legislador no aplica a la condición resolutoria las excepciones y salvedades que hace al principio de retroactividad en la condición suspensiva. En cambio, MUCIUS SCÆVOLA (*Código Civil*, t. XIX, pág. 650) cree que las reglas que establece el art. 1.120 para el deudor obligado unilateralmente, se han de aplicar también para el acreedor que recibe y usa la cosa con obligación eventual de restituirla.]

(2) SAVIGNY (*Sist.*, § 120, n. *e*) reconoce que los frutos producidos mientras pende la condición no deben ser, necesariamente, atribuídos a la persona que por cumplimiento de la misma adquiere la propiedad de la cosa, sino que hay que atenerse en cada caso a la intención de las partes, aun para los actos condicionales realizados *inter vivos*. Más aún; respecto a los legados bajo condición suspensiva, demuestra que los jurisconsultos romanos, salvo prueba en contrario, creían verosímilmente que en la intención del testador no estaba el que el legatario se los apropiase (*eod.* notas *h-k*). Para los legados bajo condición resolutoria en particular, reconocen, entre otros, VANGEROW (§ 434, I, 1) y WINDSCHEID (§ 635, n. 6) que el legatario, por regla general, al cumplirse la condición no está obligado a restituir los frutos.

suertes, ni aun cuando esta determinación se produzca expresamente o se deduzca por conjeturas, el derecho real del titular bajo condición resolutoria tampoco está afectado por ello. Ese cumplimiento de la condición no decide a quién correspondan los frutos percibidos mientras pendió; pero como quiera que en todo caso la propiedad de los frutos consumidos la adquiere definitivamente el primer llamado, éste puede estar obligado, personalmente, a entregar al segundo su equivalencia; y si se quiere hablar de retroacción de la condición cumplida, podrá decirse que existe una retroacción de naturaleza obligatoria, pero no real.

120. A más de los efectos necesarios, éstos son los efectos facultativos ordinarios de la preordenada resolución condicional del legado. Bajo otros muchos aspectos, esta vocación, sujeta a condición resolutoria, surte efectos que ni se aniquilan ni modifican por el hecho de la resolución. Desde luego, sobreviven a ella los efectos de los actos de administración que realiza el legatario instituído bajo condición resolutoria (1); sobreviven a ella los efectos del disfrute de la cosa no resultantes de la percepción de frutos, y el legatario no tiene que indemnizar al segundo llamado, aunque éste haya sido privado de aquél, *pendente conditione*, por voluntad del disponente; ni contrae responsabilidad ninguna por el deterioro de la cosa causado por este disfrute normal. Sobreviven, asimismo, los efectos de los hechos que haya realizado el legatario; el derecho futuro, si limita la eficacia de sus actos jurídicos, porque le obliga a conservar y a no menoscabar la cosa, no le obliga a conservarla en las condiciones en que la recibió; y al advenir este derecho del segundo llamado, no tiene por qué reintegrar la cosa en aquellas condiciones. Las servidumbres que el legatario haya podido constituir a favor del fundo legado, quedan adquiridas para él después de la resolución; y el tiempo que posea el legatario sujeto a condición resolutoria, puede sumarse al que disfrute el llamado después de la resolución para ser imputado en la prescripción adquisitiva (2).

(1) En tal sentido, para la condición resolutoria en los contratos, GALLAVRESI, *op. cit.*, n. 52; GIORGI, *Obblig.*, t. IV, nn. 219, 374, y los autores citados allí. Unica y opuesta es la opinión de LAURENT, t. XVII, n. 82.

(2) JAVOLENO, 19 D. *De usucap.*, XLI, 3. V., acerca de cuanto he expuesto en el presente párrafo, JHERING en los *Jahrb. f. Dogmat.*, t. X, pág. 538. Sobre las opiniones diversas respecto a la retroactividad de la condición cumplida, cons. WINDSCHEID, § 91, not. 1, 3, y ADICKES, *z. Lehre, v. d. Bedingungen* (Berlín, 1876), § 9.

Si estas conclusiones son justas, hemos de estimar también que el legatario sujeto a condición resolutoria ha tenido la propiedad, *pendente conditione*, al igual que el gravado bajo condición suspensiva. Y como la propiedad no puede legarse para que a la muerte se transmita a otro, habrá que afirmar que las únicas condiciones admisibles son aquellas en cuya virtud se resuelva el derecho del primer favorecido, o del gravado, en un plazo que haya de llegar presumiblemente antes de su muerte. Por consiguiente, la condición resolutoria de un legado que haya de coincidir con la muerte del legatario es ineficaz, siempre que el legado no tenga por objeto un derecho que pueda o deba extinguirse por la resolución o la propiedad de cosas fungibles; porque la resolución implica transmisión a otro legatario o al heredero; y esta transmisión es la prohibida por la ley, de modo que se tendrá por no puesta, aun cuando el legado subsista válidamente. En cambio, será ineficaz todo legado bajo condición suspensiva que coincida con la muerte del gravado o deba subseguirla y que no tenga por objeto cosas fungibles (1).

---

(1) Ni la condición resolutoria del legado de cosas fungibles, ni el término, implican la obligación de restituir el derecho que sobre aquéllas adquiere el legatario, sino la obligación de transmitir un derecho de propiedad distinto sobre cosas del mismo valor. De igual suerte puede sujetarse el legado de cosas fungibles a una condición que haya de cumplirse después de la muerte del gravado, porque éste no queda obligado, como no lo está el usufructuario de cosas análogas. Otra consecuencia de la doctrina expuesta es la invalidez del término y de la condición resolutoria en las donaciones, en los casos mismos en que es inválida en los legados, porque en unos y en otros están prohibidas las sustituciones fideicomisarias (art. 1.073), salva la estipulación de la reversión al donante en el caso de premoriencia del donatario o de sus descendientes, que es una verdadera donación bajo condición resolutoria, permitida expresamente y limitada a la reversión al donante por el artículo 1.071 (a). La admisibilidad de las condiciones resolutorias en las donaciones la autoriza en general el artículo 1.078; la prohibición del 1.073 limita su campo de aplicación; lo dispuesto en el 1.071 constituye una excepción de las restricciones y amplía nuevamente aquel campo, equiparándolo exactamente a la amplitud que tiene la admisión de las condiciones resolutorias en los legados. Los comentaristas de los Códigos francés e italiano reconocen unánimemente, y sin hacer distinciones que me han parecido necesarias, la eficacia, tanto del término, como de la condición resolutoria impuesta a los legados (DEMOLOMBE, t. XVIII, n. 26, ve, de todos modos, en el legado bajo condición resolutoria *post mortem*, una sustitución prohibida); por ej., AUBRY Y RAU, § 715; TROPLONG, *Disp. entre vifs et test.*,

(a) [Cfr. art. 641 Cód. esp.]

121. Las consideraciones expuestas en los números anteriores respecto al legado en suspenso, bien por razón de término, o de condición cuyo advenimiento coincida con la muerte del gravado, son perfectamente aplicables al caso en que el gravado sea el heredero mismo. También aquí el que admita la validez de semejante legado viene a sancionar, contra lo dispuesto en el artículo 899, la obligación de conservar y transmitir después de la muerte una parte de los bienes que constituyan el objeto de la institución. En cambio, no hay duda de que el heredero puede ser gravado con un legado sujeto a término o a condición que verosímilmente haya de cumplirse antes de su muerte; y si por el legado a término no se limita inmediatamente el derecho del heredero, el legado condicional de propiedad, al producir la adquisición de ésta por el legatario

n. 392; LAURENT, t. XIV, nn. 444 y siguientes; PACIFICI-MAZZONI, *Succ.*, t. VII, n. 35; BORSARI, § 1.831; CHIRONI, *Istit.*, t. II, § 480, etc. Decisión justificada, más que para el término (v. *supra*, nn. 116-117), para la condición resolutoria, atendida la doctrina de la retroactividad de la condición cumplida, que, formulada para explicar formalmente la tutela concedida durante la pendencia de la condición a las expectativas legítimas, que originan derechos al cumplimiento de la condición, ha sido indebidamente exagerada hasta llegar a unir, al cumplimiento de la condición, la función de *decidir si un efecto jurídico ha sido o no producido*, en vez de *concurrir a producirlo.* GABBA, por el contrario, en nota publicada por el *Foro ital.* (1893, 1, 604), aceptando igual premisa, llega a conclusiones opuestas, y niega rotundamente la legalidad de sujetar a condiciones resolutorias tanto los legados como la institución de heredero. Para ello razona así: la condición resolutoria debe tener efecto retroactivo; la retroacción es imposible en las disposiciones de última voluntad; luego no pueden sujetarse éstas a condiciones resolutorias. Declaro que no entiendo la fuerza de esta argumentación cuando él mismo después reconoce que la verdadera retroacción no es posible ni aun en los actos *inter vivos;* a lo cual conviene añadir que en ellos, precisamente, es donde hay que excluirla en las disposiciones de última voluntad, independientemente de las reglas especiales que templan, por respeto a los derechos de los terceros, los efectos de la retroacción de las condiciones cumplidas y de la resolución misma de los actos *inter vivos.* He intentado razonar en sentido contrario, e inducida de la admisibilidad de la condición suspensiva la premisa fundamental de que la condición resolutoria puede siempre imponerse válidamente a los legados, he llegado a fijar cuáles puedan ser los efectos de la resolución, viendo que era fácil afirmar en qué casos no se podía imponer. Otro corolario de la demostración precedente es que en los legados de derechos extinguibles no hay diferencia sustancial entre condición resolutoria y término extintivo incierto; lo que no excluye que puedan conjugarse con la resolución las que he llamado consecuencias facultativas o arbitrarias de ella (v. el número anterior, y más atrás, págs. 240 y ss.)

cuando adviene la condición, implica la resolución del derecho de propiedad que corresponde al heredero mientras la condición no se cumpla.

Claro que de esto no puede inducirse la admisibilidad de la condición resolutoria en la institución misma de heredero. No es necesario decir que, con arreglo a los principios aceptados, la imposición de una condición que haya de cumplirse a la muerte del heredero, posibilitando la extinción de un derecho efectivamente adquirido y su transferencia a otra persona a la muerte del adquirente, también aquí, como en la fijación de un término, chocaría con la prohibición de las sustituciones fideicomisarias. Tratándose de un término o de una condición *ante mortem*, esta prohibición no ejerce influjo alguno; y si la institución de heredero no tuviese otro contenido que la asignación de derechos perpetuos, habría que distinguir entre término y condición, negar, como en los legados, la eficacia directa de la imposición de término y admitir la eficacia de la condición. Pero la institución implica sobre todo la creación de un vínculo entre el heredero y la universalidad del patrimonio del difunto, mediante el que el heredero se convierte en sujeto y centro de este patrimonio, que se confunde con el suyo, y llega a responder personalmente de todas las obligaciones que tienen su garantía en él. Ahora bien: aunque sea inherente a los derechos perpetuos la posibilidad alternativa de que se extingan o conserven por voluntad del titular, una vez constituída esta relación no puede desaparecer por voluntad del heredero, de cuya cualidad no cabe despojarse, aun abandonando todos los bienes, ni liberarse de las obligaciones que con los bienes le han sido transmitidas; y como en la posibilidad de la pérdida voluntaria de los derechos perpetuos es donde hemos hallado la justificación de la previa regulación de esta pérdida en el acto constitutivo, al sujetarlos a una condición resolutoria es obvia la consecuencia de que donde deba excluirse la pérdida voluntaria, habrá que rechazar también el preordenamiento de la pérdida, o sea la preordenada resolución de la institución de heredero.

Este principio, el de la perpetuidad de la representación hereditaria, se mantuvo en el Derecho romano, a pesar del desarrollo que alcanzó el fideicomiso, y fué compatible con él mientras el derecho del mismo fideicomisario universal mantuvo el carácter de un derecho de obligación hacia el instituído; hubo que abandonarlo cuando el derecho del fideicomisario se hizo independiente del del fiduciario y se le atribuyó el carácter de un derecho real, potencial-

mente existente desde el momento de la apertura de la sucesión, con lo que se ponía un límite de tiempo al derecho actual del fiduciario, y se le obligaba, como al heredero con beneficio de inventario, a mantener el patrimonio heredado con separación y distinto del propio (1). Prohibida la sustitución fideicomisaria y privado el testador de disponer la sucesión de sus propios sucesores, desapareció el fundamento único de esta división artificial de la representación jurídica en varios tiempos; y es natural que este recurso, que esquivó el Derecho romano, cuando hubiera podido servir para organizar con más sencillez y solidez la institución del fideicomiso universal, no se aceptara para facilitar una relación tan raramente aplicable como es la restitución de la herencia *ante mortem;* y una relación que, si no está prohibida como sustitución fideicomisaria, participa de los inconvenientes económicos de ésta, no puede favorecerla una legislación que persigue mediante la libertad fomentar las responsabilidades de la propiedad.

(1) Existían razones especiales para que en el Derecho romano antiguo fuera ineficaz la institución de heredero a término; esta institución, en su origen, designaba sucesor en la soberanía familiar, y la transmisión de una soberanía que comprendía como facultad esencial la de designar sucesor, no era lógicamente conciliable con esta temporalidad de la institución; además, el heredero quedaba investido de un ministerio religioso, que, por causas rituales, era, probablemente, inseparable de su persona (arg. PAULO, 43, § 1 D. *Ad. sc. Trebellian.*, XXXVI, 1; PAP., 57, § 3, *eod.).* Estos motivos carecían de valor ya en la época de la compilación justinianea; y, reconocido e beneficio de inventario, quedó excluída la necesidad indeclinable de la confusión de patrimonios, y fué posible que en un segundo tracto, el patrimonio mantuviera su unidad (así, en los *Motive z. d. Entw. ein. bürg. Gsb. f. d. deutsche R.*, t. V, ad § 1.803). Esto no obstante, el Derecho justinianeo reafirma la imposibilidad de la institución de heredero con término extintivo, y la perpetuidad de la representación hereditaria; pero como un principio formal nada más, sin fundamento ya en la realidad del Derecho (así, BRUNS, *d. heut. röm. R.*, § 90, en la *R. Enciclopädie* de HOLTZENDORFF, t. I). Sólo conservaba eficacia práctica el principio cuando la institución a término no iba acompañada de una disposición acerca de la devolución de la herencia después del término; porque, como era aplicable el principio siempre vivo de que la herencia no podía transferirse, en parte, conforme al testamento y, en parte, conforme a la ley, con la existencia de testamento quedaban excluídos totalmente los herederos legítimos, y, aparte de éstos, nadie podía tener interés en impugnar la perdurabilidad de la institución (y algunos, también únicamente en el principio *nemo pro parte testatus,* justifican la nulidad del término en las instituciones, como lo hace DONELO, *Comm. jur. civ.*, l. VI, c. 18, n. 9). Pero cuando existe tal disposición, si bien el heredero no perdía nominalmente la califica-

La imposición de una condición resolutoria en una relación jurídica presupone la posibilidad de su resolución: posible es en la constitución de propiedad, caso en que no puede ser preordenada a plazo cierto, pero puede dimanar de un acto del propietario; y es posible donde se admite la institución a término; en este caso, por el contrario, no puede provenir la resolución de un acto del heredero; pero puede ser preordenada por un término cierto; prohibida la institución a término, necesariamente tiene que excluirse la institución bajo condición resolutoria (1).

122. En anteriores números he contestado las objeciones que pueden hacerse a esta conclusión en nombre de la retroactividad de la condición cumplida. He probado que el cumplimiento de la condición ejerce un influjo necesario sobre las consecuencias de los hechos jurídicos ocurridos mientras aquélla pendía, pero sin anularlos;

---

ción de tal al llegar el término, ya desde la época de Augusto el llamado después de él había conseguido, para tutelar su derecho, una acción personal para la restitución de la herencia, y con el Senadoconsulto trebeliánico adquirió de pleno derecho las acciones hereditarias y el ejercicio de todos los derechos anejos a la cualidad de heredero (cons., sobre este particular, KELLER, *Pandekt.*, § 588). Y una interpretación laudable afirma que este efecto del término se daba, no sólo cuando el instituído con él fuese expresamente llamado con la carga de restitución a un segundo, y se diera a éste el calificativo de fideicomisario, sino siempre que resultase cierta la intención del testador de asegurar al segundo, después del término, los beneficios de la herencia (así, GOSCHEN, *Civilr.*, § 807; WINDSCHEID, *Pand.*, § 555, n. 1, § 554, n. 19; en contra, CZYLHARZ, *op. cit.*, n. 31 a). La conclusión lógica de este proceso histórico debía ser el sacrificio del antiguo principio de la ineficacia del término, corteza muerta que envolvía, mas no impedía la formación de un nuevo derecho, que en su interior se desarrollaba, dando vida y creciente importancia a la distribución de las liberalidades testamentarias en períodos distintos de tiempo. Este proceso transformador no podía operarse por virtud de la elaboración doctrinal; en él hubo de intervenir la actividad legislativa y tuvo que retrasarse en tanto no se abandonó el principio de la completa separación entre herencia testada e intestada, y lo consumaron los Códigos modernos, prosiguiendo en esta parte el movimiento jurídico iniciado en el Derecho romano, al dar validez a la imposición del término en toda clase de disposiciones testamentarias (Cód. austriaco, §§ 695, 705; Cód. sajón, § 213; Proyecto de Cód. civ. alemán, § 1.760 (a).

(a) [Cód. esp. art. 805.]

(1) Los romanistas reconocieron la correlación necesaria entre estas dos reglas, pero como hallaron o creyeron hallar (v. más atrás nota 1 en la pági-

en parte, porque pudiera irse contra la intención del disponente, como sucede en materia de adquisición de frutos; en parte, por ser imposible, como ocurre con los actos de administración, con los efectos del disfrute, con las disposiciones de hecho o con la constitución de derechos en beneficio del fundo que es objeto de la disposición, y con los efectos de la posesión atribuída al llamado bajo condición resolutoria. Aún resulta más claramente imposible destruir las consecuencias de una vocación a título universal, cuando aparece en primera línea la facultad, en el llamado, de liquidar la herencia, y, por tanto, sin la fiscalización y sin la responsabilidad que incumbe al heredero bajo beneficio de inventario, o al administrador de la herencia yacente, realizar todos aquellos actos de disposición necesarios para pagar a los acreedores de la herencia. Reconocida la validez de una institución bajo condición resolutoria, veamos dos hipótesis posibles. Con arreglo a la primera de

---

na 300) la misma correlación entre admitir o rechazar en los legados el término extintivo y la condición resolutoria, la enlazaron a un vago principio de afinidad entre ambas instituciones, que ni intentaron ni pudieron justificar seriamente; v. p. ejemplo, SAVIGNY, § 127; GOSCHEN, § 807; PUCHTA, *Inst.*, § 475; SINTENIS, § 173; VANGEROW, § 434; WINDSCHEID, § 555; KELLER, § 491; DERNBURG, *Pandekt.*, t. III, § 82; WAECHTER, *Pand.*, § 291, n. 8, etc. Los argumentos textuales que invocan para apoyar la imposibilidad de la condición resolutoria son indirectos: GAYO, 89, *De her. inst.*, XXVIII, 5; ULPIANO, 3, § 10, D. *De minor.*, IV, 4; 3, § 2, D. *De lib. et posth.*, XXVIII, 2; 15, § 4, D. *De test. mil.*, XXIX, 1. Afirman que este principio es aplicable a nuestro derecho, CHIRONI, *Istituz.*, § 475, y GABBA en la nota cit. *supra* en la página 305 en nota; éste cree válida en nuestro Derecho, como en el romano, la condición resolutoria potestativa (v. sobre esto el n. 123); BREZZO, también, en los *Studi scientifico-pratici*, I, n. 10. La doctrina contraria es la general; la propugna muy vigorosamente PESCATORE *(Filosofia e dottrine giuridiche*, t. II, c. 48), razonando sobre el artículo 855 (v. igualmente el n. 123), y apoyándose asimismo en el artículo 855, y más en especial sobre la retroactividad de la condición cumplida (v. el número siguiente), la reconocen, BORSARI, § § 1.831, 1.838; PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. III, nn. 168, 199; LOMONACO, *Istituz.*, t. II, n. 97; GIANTURCO, *Istituz.*, § 109, 3, y CUTURI, *Fedecommessi e sostituzioni*, p. II, c. IV y V. No digo nada de RICCI, que se contradice a las pocas páginas (t. III, nn. 337 y 417), negando primero y admitiendo después la eficacia de la condición resolutoria impuesta a la institución (a).

(a) [En Derecho español nadie discute la eficacia de la condición resolutoria en la institución de heredero. La admisión que el art. 805 contiene del plazo resolutorio, y sobre todo, la referencia que el 791 hace a las reglas de las obligaciones condicionales, para suplir las de las instituciones bajo condición, revelan claramente su criterio ampliamente permisivo en esta materia.]

ellas, supongamos que al cumplirse la condición hubiera de respetarse todo lo que realizó el llamado a la liquidación; en tal caso, por un lado, se iría directamente contra el principio de perpetuidad en la representación hereditaria, puesto que vendría a reafirmarse en el llamado la cualidad de heredero *pendente conditione*, y luego se extinguiría esta cualidad al cumplirse la condición; y, por otra parte, se perjudicarían los derechos del llamado para el caso de cumplirse la condición, cuyos intereses protegen las legislaciones que admiten la institución a término, con la limitación de facultades del heredero en la práctica de la liquidación y sometiéndolo a normas precautorias varias en interés de los sustituídos. Supongamos, en cambio, que se siga criterio opuesto: habría que mantener con rigor las consecuencias lógicas de la teoría de la retroactividad, es decir, llegar al absurdo de reputar nulos los pagos hechos por el heredero instituído bajo condición; nulas, asimismo, las enajenaciones de bienes realizadas para satisfacer las cargas de la herencia, y dejar a los acreedores, pendiente la condición, expuestos a esta eventualidad de restituir totalmente a los llamados para después del cumplimiento de la condición, y sin medio de obtener la inmediata y definitiva satisfacción de sus derechos, como está dispuesto se haga con ellos en el caso de herencia vacante. No hay otra alternativa, y, si para conciliar los intereses y derechos de los terceros con la tutela de las expectativas legítimas de los llamados para después de la resolución, quisieran sujetarse a vigilancia y limitarse las facultades del primero y reducirlo a un simple administrador de la herencia, iríase contra las premisas de que se parte, y anularíamos los efectos más característicos de la institución misma. Todavía hay otra razón para que no pueda darse eficacia a la expectativa legítima del llamado después de la resolución, contra la eficacia de la vocación primera. El llamado bajo condición resolutoria está investido, de un modo definitivo, del carácter de heredero, y, como a tenor del artículo 993, ap. 1.°, los derechos adquiridos por terceros, de buena fe y a título oneroso, del heredero aparente, no son revocables si luego aparece que éste carecía de título válido, tampoco serían revocables los derechos transmitidos por el mismo, aunque resultara que no estaba investido definitivamente de título legítimo; cierto que el requisito esencial para esta tutela de los adquirentes es la buena fe, y es más fácil que se demuestre o pueda demostrarse la ignorancia de la ilegitimidad del título que no la de la condicionalidad del título hereditario; pero esta ignorancia no es imposible, y el llamado después de la resolución estaría

expuesto, en su consecuencia, a carecer de la plena atribución del derecho hereditario, aun después de que la resolución ocurriera.

123. Los principales argumentos en favor de la licitud de la condición resolutoria en las instituciones se inducen de los artículos 128 y 855 (a); en el primero ven algunos escritores un caso de resolución legal y otro de resolución voluntaria en el segundo, expresamente reconocida, al menos para cierta especie de condición. En realidad, este último presupone una disposición condicional, pero condicionada suspensivamente. El instituído con la obligación de no hacer o de no dar, ateniéndonos a la letra de la disposición, no debería llegar a ser heredero hasta que cumpliera su obligación negativa, o sea cuando conste que no ha infringido ni infringirá la prohibición del testador. Pero como quedaría frustrado, por lo general, el beneficio que quiso dispensarle el testador en esta forma, porque comúnmente no puede probarse el cumplimiento de la condición, es decir, la imposibilidad de la infracción, hasta después de la muerte, se concilia el interés del heredero con el de aquellas personas a quienes habrían de ir los bienes si se cumpliera la condición, admitiéndolo a que adquiera la herencia inmediatamente, pero con la obligación de prestar fianza de que no infringirá la prohibición impuesta por el testador. La ley asigna a la prestación de fianza el valor de cumplimiento de la condición. Luego que quede prestada, se purifica la vocación condicional, y es adquirida la herencia definitivamente. Queda expuesto, sin embargo, a la pérdida de los bienes hereditarios, cuando haga o dé contraviniendo la prohibición del testador; pero entonces, ya no por razón del testamento que la contiene, sino a causa de la voluntaria asunción del deber de no hacer o dar, o sea de aquel contrato que lo vinculó a los eventualmente llamados, a los cuales constriñe la ley a renunciar a la esperanza de obtener un beneficio directo de aquella vocación eventual. La infracción del instituído no implica ya falta de la condición impuesta al primer llamamiento, ni que se cumpla la condición para el segundo, ya que éste, con la fianza, quedó definitivamente excluído, sino cumplimiento de la condición a que estaba subordinada la obligación contractual de restituir. Sigue siendo heredero el instituído, aun cuando haga o dé, y sólo puede condenársele a devolver los bienes hereditarios, que adquieren aquellos a cuyo favor afianzó como los adquiriría el comprador de una herencia; adquieren

(a) [Arts. 50, regla 2.ª, y 800 del Cód. esp.]

por acto *inter vivos*, y, por tanto, a título singular; adquieren si el instituído puede o quiere acatar la condena y no prefiere resarcir completamente, porque también aquí cuando no se trate de entregar bienes determinados, sino de transferir la propiedad, no es posible la coacción para ejecutar en forma específica. Pero tampoco el simple hecho de la infracción de las prohibiciones decretadas por el testador engendra el deber de restituir, que sólo nace cuando es imputable al instituído; el caso fortuito y la fuerza mayor pueden extinguir también la obligación de no hacer (1), y, por lo tanto, quedar excluída la restitución que subsigue al incumplimiento culposo. Si la infracción tuviese el valor del cumplimiento de una condición resolutoria, cualquiera que fuese su causa perdería la herencia el instituído (2).

Lo indicado aquí era, en general, precisamente lo que sucedía en Derecho romano, o sea el efecto de la caución muciana, de la que procede nuestro artículo 855 (3). La caución, no el testamento, es el origen inmediato de la obligación de restituir, y no encuentro en los textos apoyo en que fundar la opinión de algunos escritores de que la condición potestativa negativa encierre un fideicomiso universal condicionado en favor del llamado en segundo término (4), lo que, de todas suertes, no equivaldría a una resolución formal de la institución primera, aunque, como hemos dicho, produciría casi todos los efectos de esta última; pero en nuestro Derecho no es posible tal clase de solución intermedia. Nosotros no conocemos la figura híbrida del *fideicommissarius hereditatis*. Dadas las características sustanciales y aun formales de la distinción entre disposiciones a título universal y singular, no se concibe el legado de la herencia dejado por el testador, porque implica una disposición sobre la totalidad del patrimonio, que tiende a resolverse en una dis-

---

(1) GIORGI, *Obbligazioni*, t. VIII, n. 131.

(2) Es cierto que la imposibilidad accidental del cumplimiento del modo no perjudica, ni indirectamente siquiera, la eficacia del acto jurídico en que se impuso. Cfr. SCHEURL, *z. Lehre v. d. Nebenbestimmungen d. Rechtsgesch.*, § 74. Véase con mayor precisión en este sentido, Cas. de Roma, 29 de Junio de 1877, *Legge*, 1878, 1, 56: basta que conste el advenimiento en la condición resolutoria para que se dé por inexistente el derecho; en el modo, hay que investigar la causa del incumplimiento.

(3) V. VANGEROW, § 436; WINDSCHEID, § 554, nn. 7-8; DERNBURG, III, § 83; WAECHTER, § 291, etc.

(4) E. A. SEUFFERT en las Adiciones al *Lehrb.* de J. A. SEUFFERT, t. III, n. 3, citado y aprobado por WINDSCHEID, § 554, n. 7, *i. f.*

posición a título universal. Por consiguiente, imponer al heredero la restitución condicional de la herencia o legar ésta bajo condición suspensiva, no puede significar otra cosa que ordenar la resolución del llamamiento.

En este sentido precisamente interpretan el artículo 855 la mayor parte de nuestros escritores; algunos sólo admiten la resolución cuando está subordinada a una condición potestativa; otros creen que la condición resolutoria no es preceptiva en el artículo 855, sino que más bien la presupone: me parece acertada la deducción que hacen de las premisas que establecen y el que admitan también la solución para las condiciones causales (1). Queda resuelta la dificultad y armonizado el artículo 855 con el principio de la perpetuidad de la representación hereditaria, si se entiende que por acto contrario a la prohibición del causante no llega a cumplirse la condición de que dependía la resolución del llamamiento, sino la condición a que está sujeta la obligación impuesta en el contrato de restituir la herencia (2).

A esta misma figura de obligación condicional de restituir, obligación que derive, más bien que de una promesa, de la ley directamente, se puede, y dada la imposibilidad jurídica de la resolución del derecho del heredero, se debe reducir también la caducidad de la sucesión del marido con que conmina el artículo 128 a la viuda que contrae segundas nupcias antes de los diez meses de la disolución del anterior (3). En la vocación testamentaria o legítima de

---

(1) V. los autores citados en la nota 1 a la p. 308: PACIFICI-MAZZONI, t. III, nn. 162 y sigs. y 200; BORSARI, § 1.846; RICCI, t. III, n. 338. El último aventura la idea de que la pérdida de la herencia se efectúa en el momento del incumplimiento, y que el heredero decaído no tiene necesidad de devolver los fundos que recibiera. En Derecho romano es segura la solución contraria: PAP., 79, § 2, D. *De cond. et dem.*, XXXV, 1; y en realidad, el objeto de la caución ha de estar en relación con el interés que los llamados en segundo lugar tengan: interés que consiste en que la transmisión de la herencia quede en suspenso y nadie entre en su disfrute hasta que la condición se realice. V. *infra*, n. 126, VI.

(2) El legado sujeto a una obligación de no hacer, puede, en cambio, considerarse impuesto bajo condición resolutoria; pero sucederá rara vez que aparezca claramente la intención del testador de asignar efectos reales al incumplimiento, de suerte tal, que esa voluntad no quede suficientemente satisfecha con la constitución del deber personal de restituir el primer llamado.

(3) A LOSANA (*Success. testam.*, ad a. 848) le parece un caso de resolución legal de la institución el precepto del artículo 128.

la viuda no está ínsita la eventualidad de la restitución; la ley impone la restitución a quien ha adquirido definitivamente la herencia del marido e infringe la prohibición del artículo 57; y esta privación de los beneficios que le ha procurado la herencia no la despoja de la cualidad de heredera, si logró alcanzarla, ni la exime de las responsabilidades unidas a ese carácter de heredera (1).

124. Nos queda por examinar otro extremo.

La disposición testamentaria en suspenso a virtud de una condición potestativa negativa, cuando no pueda o no quiera prestar fianza el beneficiado, cobra eficacia únicamente en el caso excepcional de que antes de su muerte haya certidumbre de que no realizará el acto prohibido por el testador. Si subsiste la incertidumbre del cumplimiento de la condición hasta después de su muerte, queda inefizaz la disposición, porque ni el derecho del heredero, ni el derecho al legado, son transmisibles a los herederos mientras pende la condición, a tenor del principio tradicional consagrado en el artículo 853 (2). El artículo 854 se invoca para sostener que la voluntad del testador puede dar eficacia en beneficio de los herederos del favorecido a una disposición sujeta a condición que pueda declararse cumplida sólo después de su muerte (3); pero dicho precepto no es ninguna excepción a aquella regla; presupone únicamente que está suspendida, no la asignación del derecho, sino la ejecución de la disposición; y por tanto, que el derecho está definitivamente

(1) Contrariamente a esto, la indignidad para suceder, en cualquier instante en que se descubra, constituye una causa de invalidez de la vocación preexistente a la apertura de la sucesión; y como la sucesión realizada en beneficio del indigno es viciosa en su origen, la posterior privación de ella no va contra el principio de la unicidad de la representación hereditaria, de igual suerte que no va tampoco contra él cualquiera privación de ejercicio ilegítimo del derecho hereditario, aunque las consecuencias de alguno de éstos hayan de sobrevivir necesariamente a su remoción. No constituyen razón suficiente para que pueda modificarse jurídicamente del mismo modo la existencia de un derecho, la imposibilidad de remover todas las consecuencias de la infracción y las modificaciones que de ella se derivan respecto a la eficacia del derecho violado.

(2) Sobre esto, v. WINDSCHEID, § 89, n. 8, y KARLOWA, *d. Rechtsgeschäft*, § 14.

(3) Apel. Turín, 1.° Junio 1891, *Giur. it.*, 1891, 2, 645; *contra:* BREZZO, *Sostituzione fedec. e condiz. test. risol.*, p. 48, n. 1.

atribuído al llamado por la apertura de la sucesión (1) (a). Tampoco puede llamarse expresamente al disfrute de la liberalidad a los herederos del beneficiado para el caso de que carezca de eficacia en la persona de éste, porque la indicación genérica de herederos de una persona no encierra aquella determinación del sujeto pasivo del llamamiento que exigen los artículos 830, 834 y 764 (2) (b).

De esta clase de condiciones, cuyo cumplimiento no puede declararse hasta la muerte del beneficiado, en tanto que la falta a ellas es susceptible de comprobarse con anterioridad, deben separarse y distinguirse rigurosamente aquellas otras en que ni el cumplimiento ni la falta se pueden declarar hasta después de la muerte del beneficiado. Subordinar la liberalidad a una tal condición es jurídicamente imposible; porque, debiendo seguir a la muerte de aquél el cumplimiento de la condición, sería ineficaz de todos modos la liberalidad desde su origen; y, por otra parte, esta ineficacia no dependería de la falta de la condición, sino que quedaría resuelta antes, con la muerte del beneficiado, durante la pendencia de ella. Hay, por tanto, entre el Derecho objetivo y la intención del disponente un conflicto, que no se resuelve interpretando la disposición condicional en el testamento como si se hubiera hecho en armonía con el Derecho objetivo y simulando que esta manifestación de voluntad, encaminada a un resultado jurídicamente imposible, sea expresión de una voluntad no dirigida a pro-

(1) V. PAP., 79 pr. D. *De cond.*, XXXV, 1; ULPIANO, 4, § 1, D. *Quando dies*, XXXVI, 2; DIOCL., y MAXIM., 9, C. *De her. inst.*, VI, 24. Cons. acerca del alcance del art. 854, cuyo inciso final oscurece, pero no altera, el concepto, BORSARI, § 1.841.

(a) [En este mismo sentido ha de ser interpretado el art. 799 del Cód. esp. — que seguramente es una copia descuidada y errónea de los arts. 1.041 del francés y 854 del italiano — si se quiere que no esté en irreconciliable oposición con el art. 759. La sentencia de 12 de Febrero de 1915 interpretó el art. 799 como aplicable, no a la condición, sino a las «instituciones de heredero a día cierto, o que, indudablemente, ha de venir, como la muerte de una persona».]

(2) En razón a lo dispuesto en el art. 764 podrán, sin embargo, al abrirse la sucesión, ser sustitutos vulgares del beneficiado, si falta la condición o si premuere al cumplimiento, los hijos, aun los no concebidos.

(b) [A pesar del precepto del art. 750 del Cód. esp., no parece aplicable a nuestro Derecho la doctrina expuesta en el texto. Los arts. 769 y 771 admiten la validez de la institución hecha colectivamente a favor de los hijos o herederos de una persona, y lo ha confirmado también la jurisprudencia (v. sentencia del T. S. de 12 de Febrero de 1915 y Resolución de la Dirección General de 16 Noviembre 1908.]

ducir ningún resultado (1), sino más bien sacrificando la parte condicional de la disposición, o sea teniendo la condición por no puesta, que es lo que dice el artículo 849 (a) (2). La imposibilidad que motiva la cancelación de la condición no es la imposibilidad de que llegue el acontecimiento a que está subordinada la liberalidad, sino la imposibilidad de subordinar a un cierto acontecimiento el efecto de una liberalidad (3).

El tipo clásico de las condiciones de esta clase es la cláusula «si muriera con hijos» o «si dejara hijos». Aun cuando en la última etapa de la vida pueda prejuzgarse con grande probabilidad el cumplimiento o incumplimiento de la condición, esta alternativa no puede resolverse con certeza hasta después de muerto; porque hasta el último aliento de la vida es posible, jurídicamente, tener hijos (bien con un matrimonio *in articulo mortis* y consiguiente legitimación de hijos ya procreados, bien a virtud de la legitimación por testamento que reconoce el artículo 199) (b), hasta después de la muerte no puede decirse si le sobrevivirán hijos, que pueden también advenir por un acontecimiento posterior a su vida, y, por tanto, depender de esta eventualidad (nacimiento de un póstumo) la eventualidad de que depende la condición. Otro tanto puede decirse de la condición «si muere sin hijos» o «si no deja hijos», aunque es muy raro que se establezca como condición suspensiva al instituído, pero de la cual, en cambio, se hace depender frecuentemente la resolución de la institución.

Muy distinto es el valor de la condición suspensiva «si tiene hijos», que normalmente puede realizarse durante la vida del beneficiado, y que, por lo tanto, puede agregarse con plena eficacia, tan-

---

(1) La experiencia corriente nos dice que, quien manifiesta su voluntad bajo condición no física, sino jurídicamente imposible, intenta, en realidad, conseguir algún resultado; y si bien este resultado se rechaza tratándose de actos *inter vivos*, sólo mediante una ficción legal puede presumirse esto en la voluntad del agente.

(a) [Art. 792 del Cód. esp.]

(2) GABBA *(Foro,* 1884, 1, 816), en una nota muy sutil, sostiene que el artículo 849 es de aplicar a la condición suspensiva: «si muere con o sin hijos».

(3) Como es indiferente en sí la licitud o ilicitud del acontecimiento de que se hacen depender los efectos del negocio jurídico; lo que importa es la licitud o ilicitud de la subordinación de los efectos a tal acontecimiento: consúltese ADICKES, *z. Lehre von den Bedingungen*, § 4, nn. 3 y 5.

(b) [Art. 126 del Cód. esp.]

to a la institución de heredero como al legado (a). En cuanto a la condición suspensiva «si no tiene hijos» (rara como la suspensiva «si muriera sin hijos», pero que es válida), pertenece a la categoría de las potestativas negativas, y verdaderamente como potestativa debemos calificarla, porque si bien no está en las facultades del hombre tener hijos, todos están en posibilidad de no tenerlos. De todas suertes, al paso que el cumplimiento de esta condición no puede ventilarse hasta después de la muerte del beneficiado, su falta sí puede comprobarse antes; y a lo menos, en caso de faltar, la ineficacia de la disposición vendría a depender de la condición. Esta, por consiguiente, es posible; sin embargo, no creo que sea válida su imposición; la condición sería ineficaz en todo caso: cuando falta, porque falta; e ineficaz asimismo cuando no se infrinja, porque el beneficiado premuriese a su cumplimiento, sino que debe considerarse como no escrita por ser contraria a la ley. Si lo es la condición que subordina una liberalidad a la abstención de nupcias, lo es *a fortiori* aquella que la subordina a la circunstancia de no tener hijos.

125. Vamos a aplicar los principios expuestos a las diversas formas de disposiciones condicionales a que va unido el legado de usufructo.

I. El legado de propiedad puede hacerse bajo condición resolutoria realizable antes de la muerte del legatario. Si se le agrega el legado de usufructo de los mismos bienes a favor del legatario, el usufructo queda sujeto a la condición de que dependa la resolución de la propiedad; de suerte que con su cumplimiento el legatario adquiere el usufructo, en sustitución de la propiedad que pierde; y puede decirse, además, que el testador ha querido eximir al legatario de la obligación de restituir los frutos percibidos mientras la condición pendía, al llegar la resolución.

II. En cambio, la condición resolutoria cuyo cumplimiento ha de coincidir o seguir a la muerte del legatario, implica necesariamente la obligación de conservar los bienes y de transmitirlos a la

(a) [En nuestra Patria esta condición es muy usada, especialmente en Cataluña, donde los tratadistas estudian con detenimiento la doctrina de los *hijos puestos en condición*, denominación con la que se designa a los hijos del heredero, de cuya existencia depende que éste pueda disponer libremente de la herencia o se purifique la sustitución fideicomisaria. (V. sobre esta materia PELLA, *Código civil de Cataluña*, t. III, págs. 230 y sigs., y BORRELL, *Dret civil*, t. IV, págs. 140 y sigs.)]

muerte, y debe tenerse por no puesta. Más clara, pero no más cierta, aparece la sustitución fideicomisaria cuando está indicada la persona que ha de beneficiarse con el hecho de la resolución. Porque adquiriendo inmediata y definitivamente el legatario la propiedad, es inútil el legado de usufructo de los mismos bienes que se le hayan dejado pura o condicionalmente. Es un verdadero absurdo, porque si la condición fuese eficaz, mientras pende tendría el legatario la propiedad, y no podría ostentar la calidad de usufructuario ni podría atribuírsele tal derecho a su muerte, por las razones expuestas en el número anterior y además por la intransmisibilidad absoluta del usufructo. No tendría otro significado esta ordenación póstuma de transformar la propiedad en usufructo, sino el de que llegada la resolución, quedase suprimida la obligación de restituir los frutos; y ello descubre perfectamente la intención del testador de crear con otro nombre, íntegramente, una sustitución fideicomisaria (1).

(1) En diferentes sentencias está reconocida como sustitución fideicomisaria la primera vocación que se subordina a una condición resolutoria que ha de realizarse después de la muerte del legatario, a semejanza de «si muriera sin hijos». V. en tal sentido, Cas. de Nápoles, 22 de Noviembre de 1878, *Legge*, 1879, 1, 665, que además se funda también en la incapacidad de los llamados en segundo lugar y no concebidos a la apertura de la sucesión, conforme a las leyes civiles vigentes en 1819; Apel. Palermo, 29 de Agosto de 1890, *Circ. giur.*, 1890, 321; Apel. Trani, 6 de Noviembre de 1891, *Pisanelli*, 1892, 15. También cuando la resolución se subordina a la muerte del beneficiado pero dentro de una cierta época, circunstancia que, como explicaré en el apartado IX (número 127), puede justificar algunas veces una diversa valoración del legado; por eso se declara (Cas. de Turín, 11 de Mayo de 1880, *Giur. it.*, 1880, 1, 996) como no puesta la condición resolutoria «si el legatario muere siendo menor de edad». Confirma esta regla una autorizada sentencia de la Cas. de Roma (Pleno), 9 de Agosto de 1892, *Foro*, 1892, 1, 1.153, que después de afirmar claramente la prohibición de las sustituciones condicionales en que el derecho del segundo llamado está subordinado a la muerte del primero, deja entrever que pueden considerarse como cosas distintas la vocación sujeta a condición resolutoria acompañada de una sustitución sujeta a la misma condición, y el llamamiento puro acompañado de sustitución condicional; y advierte que «si se tratase de verdadera condición resolutoria, habría obligación de devolver los frutos recogidos». Esto estaba excluído taxativamente en el caso de autos, y expresa o implícitamente suele estarlo en la inmensa mayoría de las disposiciones de esta clase. Según los principios establecidos, la obligación de restituir los frutos no aniquila la primera vocación, y sin embargo, la atribución del derecho legado a un segundo, por explícita o implícita que sea, es un llamamiento sucesivo. To-

III. Con más motivo debe tenerse por no puesta la condición resolutoria de igual naturaleza a que esté subordinada la institución de heredero, y, por consiguiente, ha de estimarse ineficaz el legado anejo, puro o condicional, del usufructo al heredero (1).

---

dos los fallos citados se refieren a casos en que está expresamente hecho el llamamiento de un segundo legatario. Que se tenga por no puesta la condición resolutoria *post mortem* cuando al llegar la resolución el legado haya de recaer en los herederos legítimos o testamentarios, lo resuelve el T. de Apel. de Palermo, 29 Agosto 1890, *Giur. it.*, 1890, 321, conforme a la doctrina que hemos sostenido aquí. Por el contrario, que en este caso sea válida la condición, lo afirman: Apel. de Trani, 20 Julio 1877, *Riv. Trani*, 1877, 25 y la Cas. de Palermo, 7 de Diciembre de 1889, *Circ. giur.*, 1890, 174. Cons. la nota siguiente. El T. de Apel. de Nápoles, 5 de Abril de 1879, *Giur. it.*, 1879, 1, 847 (véase pág. 304, nota 1), declaró que era sustitución fideicomisaria la donación resolutoria «si el donatario muere sin hijos».

(1) También tenemos aquí: I. Un primer grupo de sentencias que, de plano, reconocen una sustitución fideicomisaria cuando la primera vocación está subordinada a una condición resolutoria que ha de realizarse sólo después de la muerte del instituído, sin determinación de tiempo, como la condición «si muere sin hijos»: Apel. Bolonia, 25 Diciembre 1866, *Giur. it.*, 1867, 2, 694; Apel. Ancona, 30 Noviembre 1880, *Legge*, 1881, 1, 133; Cas. Roma, 16 Febrero 1881, *Legge*, 1881, 1, 301; Apel. Venecia, 25 Octubre 1881, *Temi ven.*, 1881, 558; Cas. Palermo, 9 Diciembre 1882, *Circ. giur.*, 1883, 174; Cas. Nápoles, 24 Abril 1885, *Gazz. proc.*, XX, 190, que con gran precisión expone el fin que se persigue con el legado de usufructo al instituído. «Esta propiedad que se resuelve en un usufructo al final de la vida del heredero, cuando *factum infectum fieri nequit*, para transferirse en el momento mismo a un llamado en segundo lugar, ¿qué ha sido siempre, sino una propiedad vinculada con la obligación de conservar y restituir?» En el mismo sentido, Cas. Turín, 4 Julio 1885, *Giur. it.*, 1886, 1, 52; Cas. Nápoles, 9 Diciembre 1886, *Foro*, 1887, 1, 430; Cas. Nápoles, 23 Abril 1888, *Foro*, 1888, 1, 712; Apel. Nápoles, 2 Febrero 1871, *Legge*, 1871, 1, 59; esta última es importante, porque el testador no había hecho una explícita segunda vocación; había manifestado sólo que una vez cumplida la condición, pasase la propiedad a quien tuviera derecho a ella. — II. Otras llegan a la misma conclusión, pero cuando está señalado el tiempo en que puede realizarse la condición resolutoria (v. más adelante ap.° IX), como en las fórmulas «instituyo a Ticio, salvo que premuera a Cayo», o «salvo que premuera en minoridad», o «en minoridad y sin prole» (Cas. Nápoles, 20 Julio 1872, *Giur. it.*, 1872, 1, 486; Cas. Nápoles, 12 Marzo 1877, *Giur. it.*, 1877, 1, 530; Apel. Brescia, 27 Enero 1877, *Giur. it.*, 1877, 2, 434; Apel. Génova, 9 Enero 1877, *Giur. it.*, 1878, 2, 216; Cas. Florencia, 23 Mayo 1879, *Giur. it.*, 1879, 1, 909; Trib. de Chieti, 13 Septiembre 1880, *Legge*, 1880, 1, 889; Cas. Nápoles, 26 Febrero 1887, *Giur. it.*, 1887, 1, 194; Apel. Trani, 19 Julio 1886, *Giur. it.*, 1887, 2, 149; Apel. Trani, 9 Septiembre 1892, *Giur. it.*, 1892,

IV. Pero también es ineficaz (1) la condición resolutoria *ante mortem* en la institución de heredero porque contradice el principio de la perpetuidad de la representación hereditaria; por consiguiente, es inútil legar el usufructo al heredero, porque instituído condicionalmente, en virtud de la ley se convierte en heredero puro y definitivo.

126. Y vamos ahora a ocuparnos de las condiciones suspensivas.

2, 555). — III. Hay un tercer grupo de sentencias que reconocen, asimismo, que la condición resolutoria *post mortem* en el caso de autos implica una sustitución fideicomisaria; pero más o menos claramente, en los Considerandos dejan entrever como posible una solución distinta cuando la resolución de la institución lleve consigo una vocación *ex tunc* del sustituto, y, por consiguiente, la obligación de entregarle los frutos el instituído (Cas. Turín, 27 de Febrero de 1883, *Giur. it.*, 1883, 1,230, según la cual la existencia de la sustitución fideicomisaria es una cuestión de hecho que no puede impugnarse en casación); de una manera análoga se pronuncian el mismo T. de Cas., 25 Junio 1885, *Annali*, 1885, 483 y 4 Julio 1885, *Giur. it.*, 1886, 54; Apel. Bolonia, 14 Marzo 1885, *Giur. it.*, 1885, 2, 240; Apel. Nápoles, 18 Marzo 1887, *Giur. it.*, 1887, 2, 335; Apel. Turín, 19 Mayo 1888, *Giur. it.*, 1888, 2, 487; Apel. Milán, 9 Febrero 1892, *Mon. Trib. Mil.*, 1892, 703. Me importa hacer constar que aun partiendo de esta premisa, contraria a la doctrina que aquí propugnamos, hay que declarar ineficaz la condición resolutoria *post mortem* cuando se deje el usufructo al instituído, porque esto privaría del efecto más saliente de la resolución *ex tunc*, o sea la obligación de restituir los frutos. — IV. Otras sentencias, por último, reconocen sencillamente la validez de la condición resolutoria *post mortem* puesta a la institución, aun cuando esa resolución esté ordenada sin determinar tiempo alguno, y aun cuando se haya dejado el usufructo al instituído. Cas. Nápoles, 9 Septiembre 1874, *Giur. it.*, 1874, 1, 690; Apel. Trani, 30 Marzo 1878, *Giur. it.*, 1878, 2, 599; Cas. Turín, 11 Mayo 1878, *Mon. Trib. Mil.*, 1878, 437; Trib. de Avellino, 30 Julio 1883, *Gazz. Procur.*, XVIII, 514, que enumeró entre los requisitos esenciales de la sustitución fideicomisaria, la supervivencia del sustituto al instituído (v. *supra*, págs. 282-283); Apel. Florencia, 18 Diciembre 1884, *Annali*, 1885, 2, 53; Apel. Brescia, 13 Febrero 1884, *Mon. Mil.*, 1884, 573; Apel. Turín, 1.° Junio 1891, *Giur. it.*, 1891, 2, 645; Cas. Turín, 19 Octubre 1892, *Giur. it.*, 1892, 1, 1.231.

(1) Por eso hubo de declararse inválida la resolución de la institución ordenada para el caso de que el instituído no tuviese hijos varones cuando muriera el legatario del usufructo (Apel. Palermo, 14 de Septiembre de 1874, *Giur. it.*, 1875, 2, 313); por el contrario, el Trib. de Cas. de Nápoles en 23 de Junio de 1877 (*Legge*, 1878, 1, 245), reconoce válida la institución de Ticia y la resolución de la institución en beneficio de Caya para cuando ésta tomase marido o llegase a la mayor edad (V. más adelante el ap.° VI).

V. Entre las condiciones a que se subordina suspensivamente la institución de heredero o el legado, despliegan completa eficacia aquellas que pueden realizarse en favor del beneficiado mismo, y, por consiguiente, que implican la subordinación del legado al hecho de que sobreviva a una cierta edad (1), y todas aquellas que lo hacen a un acontecimiento que pueda ocurrir durante su vida. Tratándose de condición suspensiva de un legado cuyo objeto no sea cosa fungible, es necesario además que la suspensión impuesta no deba durar toda la vida del heredero gravado, porque entonces nos hallaríamos nuevamente ante una sustitución fideicomisaria; pero dentro de estos límites es perfectamente válida la disposición y puede dejarse este legado de usufructo al beneficiado condicionalmente con la propiedad. No se dan aquí ciertamente los caracteres de la sustitución fideicomisaria con la eventual vocación de un segundo para el caso de que falte la condición; hay únicamente una sencilla sustitución vulgar. El sustituto no está llamado a suceder al usufructuario, sino que sucede inmediatamente al testador, si el usufructuario no llega a consolidar su derecho con la adquisición de la propiedad. No quiere el disponente que la propiedad de los bienes que deja se transmita sucesivamente a dos personas, sino a una o a otra de las dos que designa. Pendiente la condición, el usufructuario tiene la legítima expectativa de llegar a ser propietario si se realiza la misma, pero no es propietario, no puede ejercitar las acciones propias de esta clase de derechos, ni tampoco puede adueñarse de los productos que no consistan en frutos de la cosa, y si la enajena, enajena algo que no es suyo. Y si se trata de una institución condicional, no puede libremente practicar la liquidación del patrimonio, al cual habrá que designarle un administrador para salvaguardar los intereses de la propiedad frente a los suyos (2).

---

(1) Apel. Brescia, 9 Agosto 1873, *Giur. it.*, 1873, 2, 604; Cas. Turín, 14 Junio 1877, *Legge*, 1878, 1, 226; Cas. Turín, 7 Noviembre 1878, *Giur. ital.*, 1879, 1, 653.

(2) Se reconoció válida la disposición que llama a Ticio a recibir la propiedad si alcanza una cierta edad, y que, entre tanto, goce de los bienes como usufructuario, sustituyéndole Cayo si muere antes de haber cumplido aquélla. (Cas. de Turín, 14 de Junio de 1877, *Giur. ital.*, 1877, 1, 908); válida la de la propiedad al usufructuario si se casa y tiene hijos (Apel. Catania, 12 de Noviembre de 1879, *Circ. giur.*, XI, 118); y aquella otra en que se deja el usufructo a dos personas conjuntamente, la propiedad al que tenga hijos, y en defecto de ello a otras personas (Apel. Nápoles, 15 de Julio 1888, *Giur. it.*, 1888, 2, 80). En realidad, las disposiciones de esta clase encierran una doble vocación con-

VI. La condición potestativa negativa puesta a la institución de heredero o al legado, se purifica al prestar caución. El legado accesorio de usufructo al heredero llamado bajo una de estas condiciones, no puede tener inmediata eficacia en este caso; pero se puede alegar la intención del disponente de reservárselo cuando, al faltar la condición, venga obligado a restituir, con lo que además se le excluirá de la restitución de los frutos percibidos pendiente la condición. Si no afianza, despliega su eficacia normal la condición; queda en suspenso la atribución de la propiedad y el carácter de heredero, y el beneficiado los adquiere únicamente si antes de su muerte hay certidumbre de que no puede faltar la condición, y por eso despliega inmediatamente su eficacia el legado que se le ha hecho del usufructo.

VII. En cambio, la condición suspensiva respecto a la que jamás pueda decirse, hasta después de morir el beneficiado, si se ha cumplido o si falta, se tiene por no puesta, como condición imposible, y la adquisición inmediata y definitiva de la propiedad absorbe el legado eventual accesorio del usufructo (1).

---

dicional: Hay en favor de la misma persona dos legados: uno de propiedad bajo condición suspensiva, y otro del usufructo, resoluble por el cumplimiento de la condición. Frecuentemente, y de un modo claro, la contraria condicionalidad resulta de las palabras mismas de la disposición: será heredero Ticio si tiene hijos, y será usufructuario si no los tiene; cláusula que reconocen como perfectamente válida diferentes sentencias (Apel. Roma, 9 de Mayo de 1883, *Temi rom.*, 1883, 320; Apel. Nápoles, 15 de Julio de 1887, *Gazz. procur.*, XXII, 93). Algunas sentencias descubren una sustitución fideicomisaria aun en la institución bajo la condición suspensiva «si tuviera hijos»; pero principalmente porque la disposición había sido interpretada y se entendía como subordinada a la condición resolutoria contraria y el llamado había recibido la posesión de los bienes hereditarios (Apel. Nápoles, 23 de Junio de 1884, *Gazz. procur.*, XIX, 454; Cas. Nápoles, 9 de Diciembre de 1889, *ibid.*, XXIV, 104). Opuesto a estos principios es el fallo del Trib. de Apel. de Trani de 17 de Marzo de 1887 (*Riv. Giur. Trani*, 1887, 444), no porque haya dado por válida la institución de Ticio si se casa y tiene hijos, sino porque la ha interpretado como si Ticio, pendiente la condición, debiera ser propietario, o sea como institución bajo condición resolutoria. Ticio puede disponer de su derecho eventual futuro, pendiente la condición (arg. d. art. 1.976), pero no puede tener el disfrute de la herencia si al mismo tiempo no fué llamado al usufructo, y en todo caso, para respetar el carácter suspensivo del llamamiento, debe darse a la herencia un administrador que no sea la persona del eventualmente llamado.

(1) En contra, Apel. Trani, 20 Julio 1877, *Riv. Trani*, 1878, 25; Apel. Nápoles, 20 Febrero, 1878, *Giur. it.*, 1878, 509; Apel. Turín, 11 Mayo 1878,

127. Tales son las rigurosas deducciones de los principios. Al aplicarlas a la variedad infinita de casos que se ofrecen en la vida, puede haber dudas, y conviene tener presente la regla de interpretación indicada más arriba, de que no puede inducirse una voluntad de ordenar cosa jurídicamente imposible, de los términos antiguos de una disposición, siempre que de ella pueda deducirse la clara conciencia del efecto material que se perseguía como fin, prescindiendo de la conciencia oscura que tuvo el testador respecto a la forma jurídica, que es el medio.

VIII. De suerte que si la institución de heredero está subordinada a una condición que puede resolverse antes de la muerte del instituído (ap.° IV), y a ella se agrega, de un modo expreso, una segunda vocación para el caso de que se resuelva la primera, hay que interpretar la primera como subordinada, más bien que a una condición resolutoria, a la condición suspensiva contraria, y estimar en suspenso y subordinada igualmente a la falta de ésta, la segunda vocación (ap.° V) (1). Hay que aceptar, sobre todo, esta

---

Giur. tor., 1878, 376; Apel. Casale, 7 Marzo, 1881, *Giur. Casal.*, 1881, 363; Apel. Módena, 4 Junio 1883, *Foro*, 1884, 1, 817; Apel. Florencia, 18 Diciembre, 1884, *Annali*, 1885, 53, que reconocieron eficacia completa a la condición suspensiva «si muere con hijos»; esta última sentencia (v. más atrás, pág. 321, nota 2, *i. f.*) dice que, bien se interprete la institución como hecha bajo condición suspensiva, bien bajo condición resolutoria, a virtud de la retroactividad de la condición debe excluírse la sustitución prohibida. Está conforme con los principios expuestos el fallo del T. de Apel. de Nápoles, 23 de Marzo de 1837, *Gazz. procur.*, XXII, 153.

(1) Reconocer la posibilidad de esta interpretación (como asimismo la reconoce WINDSCHEID, § 554, n. 19), es cosa distinta de decir, como regla general, que a la condición resolutoria de la institución haya de darse siempre el valor de una condición suspensiva contraria. La conversión de la condición resolutoria en suspensiva, se ha sostenido principalmente por analogía al tratar de la condición resolutoria en la *ademptio* de los legados (FLORENT., 14, D. *De adim. leg.*, XXXIV, 4; JUL., 10 D. *eod.;* GAYO, 107, D. *De c. et d.*, XXXV, 1); así WENING-INGENHEIM, en el *Arch. f. civ. Pr.*, I, 9; MAYER, *Erbrecht*, 1, § 20, n. 5 y los demás citados por VANGEROW, § 434, n. 1, I; y mucho antes de estos escritores, y con iguales argumentos, PEREGRINI, *De fideicommissis*, a. 129. Pero revocar *(adimere)* el legado bajo condición resolutoria, es lo mismo que sujetarlo a la condición suspensiva contraria, porque ni en uno ni en otro caso ha de tener efecto el acto jurídico, mientras penda la condición. En cambio, disponiendo de un legado con condición resolutoria, o instituyendo heredero bajo dicha condición, se intenta producir un efecto jurídico: la adquisición del legado o de la herencia, mientras pende la condición, y suprimir

interpretación cuando aparezca que lo que el testador se propuso principalmente fué fijar la posición jurídica luego que la condición se cumpliera; la unión del legado de usufructo al primeramente llamado, que fuera inútil si la condición la hemos de estimar resolutoria, sirve de apoyo a esta interpretación, y cuando la hagamos, habrá, en general, que excluir la atribución inmediata y definitiva de la herencia. Pero no es esto sólo: también, en algunos casos, puede conjeturarse un legado de usufructo de la formulación misma de la institución bajo condición resolutoria, cuando estimemos en suspenso la atribución de la herencia y templadas con el usufructo las consecuencias de esta suspensión.

IX. Será posible dar esta misma interpretación a la institución (considerándola subordinada a una condición suspensiva, más bien que a condición resolutoria contraria) cuando haya una segunda vocación expresa, y cuando la eventualidad de que la resolución dependa, conforme a la letra de la disposición, coincida con la muerte del beneficiado (ap.º III), pero siempre que la muerte ocurra dentro de una época determinada, porque con la suspensión de la atribución de la herencia hasta que la condición se resuelva queda margen a la posibilidad de que si sobrevive en esa época se beneficie el primer llamado (ap.º V). Aquí también el legado de usufructo a ese primer llamado constituirá una razón para reconocerla, y podrá aplicarse la misma interpretación que a la institución al legado condicional de propiedad (1).

---

más tarde estos efectos; por el contrario, sujetando el legado o la institución a condición suspensiva, queda en el aire el efecto del acto hasta el cumplimiento de la condición. Si ese efecto jurídico inmediato aparece querido por el testador, rechazarlo no es interpretar su voluntad, sino mixtificarla, aun cuando, si lo admitimos, la voluntad se encuentre en seguida con un obstáculo jurídico para obtener plena realización. Cfr. VANGEROW, *loc. cit.* De las circunstancias concurrentes a la misma expresión de la condición como resolutoria, puede resultar que no se haya querido aquello realmente.

(1) Esta interpretación está enlazada con la teoría de SOCINO, de que la condición *filiis non stantibus* implica una sustitución vulgar si está con claridad limitada a un tiempo cierto y determinado, y sustitución fideicomisaria si no está más que indeterminada; v. DE LUCA, *Th. just. et ver.*, l. X, *De fideicommissis*, d. 89, nn. 6 y siguientes; o en otros términos: el instituído «si tiene hijos dentro de un cierto tiempo», está instituído condicionalmente, y luego viene otro a sustituirlo vulgarmente; el instituído «si no tiene hijos», sin más determinación, está instituído puramente, y el que le sustituye, lo hace fideicomisariamente. No necesito advertir que, cuando todos los antiguos escritores

X. En cambio, hay que rechazar esta interpretación si la institución y el legado están subordinados a un acontecimiento que deba coincidir con la muerte del beneficiado, sea cualquiera el tiempo en que ocurra, porque la subordinación suspensiva en este caso constituye una condición imposible. Aun cuando esté expresa la segunda vocación eventual, no pueden interpretarse ambas disposiciones como una sola en favor del segundo llamado, al modo de la hipótesis indicada en el ap.° IX. Esto sería confundir la intención del disponente, que lo que, antes que nada, pretendió asegurar, fué cierto beneficio al primer llamado, e ir contra los principios de interpretación que nos da la ley misma cuando separa la nulidad de la sustitución fideicomisaria de la validez de la institución (1).

Cuando no se trata de inducir conjeturalmente la suspensión de la primera vocación, sino que aquélla está hecha explícitamente — y argumento para la suspensión es el legado de usufructo al primer llamado —, pueden ser interpretadas ambas disposiciones conjuntas como una disposición única, subordinada a la condición suspensiva contraria en favor del segundo llamado. Si lo que es un requisito formal de la primera vocación se cumple, y falta, por consiguiente, lo que es requisito sustancial de la segunda, no producirá efecto la primera vocación, sino que disfrutarán del legado los herederos o recibirán la herencia los sucesores legítimos. Hay que dar esta interpretación, sobre todo, cuando en primer lugar se llame a los herederos consanguíneos; y cabe creer que aquella primera vocación no tenga otra finalidad que la de establecer un orden legítimo de suceder en defecto de la segunda.

128. Después de lo que hemos dicho acerca de la amplitud que entraña la prohibición de las sustituciones fideicomisarias, nos pa-

---

hablan de institución condicional, se refieren a instituciones bajo condición suspensiva. Aplicando esta interpretación, pueden explicarse resoluciones contrarias a las citadas en la nota 1, apart.° II, pág. 319 (las sentencias del segundo grupo); pero me parece que no ha hecho buena aplicación de ella el T. de Apel. de Bolonia, 28 de Octubre de 1887 (*Riv. univ. giur.*, 1887, 587), que entendía en una institución interpretada y cumplida como subordinada a condición resolutoria.

(1) V. las notas anteriores. El T. de Apel. de Turín, 11 de Marzo de 1878 (*Giur. Tor.*, 1878, 378), cree que puede y debe interpretarse como condición suspensiva y sustitución vulgar el llamamiento de Ticio, y en su lugar el de Cayo, si muere sin hijos Ticio; resolución tanto más extraña, cuanto que, al pretendido heredero bajo condición suspensiva, se le había prohibido expresamente enajenar.

rece que debemos demostrar una afirmación que ya adelantamos al final del párrafo anterior: que si se atribuye al legatario del usufructo facultad para enajenar y no se le impone al terminar el usufructo la obligación de restituir el valor de las cosas recibidas, hay que reconocer que le fué legada la propiedad, y que por consiguiente implica una sustitución fideicomisaria prohibida la disposición accesoria que confiere a otros un derecho eventual sobre lo que reste a la muerte del legatario: el llamado *fideicomiso de residuo*. Compréndese el esfuerzo de la doctrina francesa para intentar salvar la disposición principal alegando la validez de las disposiciones accesorias; pero nuestra doctrina no tiene por qué seguirla, ya que conforme al Derecho italiano, que reconoce el principio plausible de que las condiciones imposibles puestas en la disposición testamentaria se tengan por no escritas, la nulidad de la sustitución no perjudica a la validez de la disposición principal. La defensa en el orden económico del fideicomiso de residuo, gira alrededor de los mismos argumentos con que se combate la prohibición de las sustituciones; cuando, como ocurría en el Derecho común, no estaba templado por la prohibición de enajenar sin justa causa, añadía a los inconvenientes de la sustitución un estímulo dado al fiduciario para disipar todos los bienes, a fin de sustraerse al deber de restituir (a). Y los que sostienen la validez del mismo repiten los argumentos superficiales de que no cae bajo la prohibición de la sustitución fideicomisaria, porque no lleva consigo la obligación de conservar y de restituir, sino sólo esta última. Pero hemos notado ya que al conservar se le reputa distinto de restituir, aunque en todo caso lo presuponga, para indicar que solamente está prohibida la restitu-

(a) [En Derecho español hay que admitir — y está admitida sin escrúpulos por la jurisprudencia — la validez de los fideicomisos de residuo, y lo único que cabe discutir es si están éstos comprendidos dentro del marco de las sustituciones fideicomisarias reguladas en el art. 781 y complementarios del C. c. De Diego (en su interesante discurso *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo*, leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1.926) estima que tales disposiciones envuelven una condición suspensiva puesta al llamamiento del nombrado para el residuo, y no constituyen verdaderas y propias sustituciones fideicomisarias, puesto que el llamado en primer lugar no tiene obligación de conservar y restituir. No obstante, reconoce este ilustre profesor que tiene la disposición de residuo muchos puntos de contacto con la sustitución fideicomisaria, los cuales pueden justificar que el orden sucesorio esté afecto en ella al propio límite fijado por el artículo 781 del Cód. civil.]

ción después de la muerte, que implica la conservación durante todo el tiempo en que hubiera sido libre de disponer. Esto aparte de que la obligación de restituir lo que no ha sido enajenado implica siempre obligación de conservar esta parte de la liberalidad recibida, al menos en el sentido de que no puede disponerse de ella por testamento, y desde luego, y de todas suertes, en el de que sea imposible transmitir los bienes a los propios herederos legítimos. A los que, como DEMOLOMBE (1), ven en el fideicomiso de residuo un legado condicional, hay que recordarles que, según los principios expuestos, el legado de cosas no fungibles no puede estar en suspenso hasta la muerte del gravado. Fúndase la teoría de este autor en la diferencia entre el legado, por el que el llamado adquiere un derecho transmisible a sus herederos desde la apertura de la sucesión del testador, y la sustitución fideicomisaria, que presupone la supervivencia del fideicomisario al fiduciario. Pero el fideicomiso de residuo es una institución subordinada a la condición de que exista un sobrante después de la libre gestión del fiduciario, y el cumplimiento de esta condición no puede realizarse hasta que muera, y en tanto que pende, no hay un derecho transmisible. Además, también he dicho (2) que, dados los términos generales en que está formulada en el artículo 899 la prohibición de las sustituciones fideicomisarias, están excluídas también, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho común, las sustituciones que no estén enlazadas a la condición de supervivencia y estén dispuestas en favor de una persona o de sus herederos testamentarios o legítimos, como la disposición del legado o herencia sucesiva de algunas legislaciones germánicas. Y aunque prescindiéramos asimismo de estas consideraciones fundamentales, el fideicomiso de residuo es una liberalidad cuya fijación cuantitativa queda completamente al arbitrio del gravado, y por ello está dentro de las prohibiciones del artículo 835 (3).

(1) *Donat. et test.*, t. 1, n. 134.

(2) V. más atrás n. 111.

(3) Contra la validez del fideicomiso de residuo, v. GABBA, en la *Giur. it.*, 1880, 2, 43; 1892, 1, 103; CUTURI, *op. cit.*, p. I, c. V; BREZZO, *op. cit.*, nn. 16-17. Entre las sentencias: Cas. Turín, 12 Diciembre 1872, *Giurispr. tor.*, V, 146; Apel. Génova, 9 Enero 1877, *Giur. trib. Mil.*, VI, 785; Apel. Florencia, 9 Junio 1877, *Annali*, XI, 3, 231; Apel. Venecia, 23 Marzo 1882, *Temi Ven.*, 1882, 206; Cas. Roma, 22 Diciembre 1891, *Giurispr. ital.*, 1892, 1, 103. En cambio, admiten su validez, apoyándose en argumentos tomados de la doctrina francesa, un número mayor de sentencias: Apel. Génova, 20 Junio 1866, *Gazz. gen.*, XVIII, 1, 295; Apel. Brescia, 3 Mayo 1869, *Giur. it.*, XXI, 2, 304;

§ 4. Usufructo conjunto y usufructo sucesivo.

Sumario: 129. El usufructo conjunto. Idea general del derecho de acrecer. - 130. Forma de los llamamientos solidarios. - 131. Legado doble: del patrimonio total y de parte de él; de una universalidad y de cosas singulares de ella. - 132. Llamamiento conjunto al legado de usufructo. - 133. Requisitos del acrecimiento en el legado de usufructo. Falta del colegatario. - 134. De la falta en fecha posterior a la adquisición. - 135. Factor subjetivo en el legado de usufructo; la capacidad para acrecer. - 136. Alcance de la prohibición del usufructo sucesivo. - 137. Fundamento de la prohibición del usufructo sucesivo. - 138. Disposiciones a que afecta el artículo 901 y en qué parte son ineficaces. - 139. El usufructo sucesivo en el Derecho transitorio. Constitución indirecta del usufructo sucesivo.

129. Puede llamarse a varias personas al usufructo de una cosa misma o a un mismo conjunto de bienes; y la extensión del derecho asignado a los individuos permanece fija e invariable cuando se les llama a recibir las partes en que está dividida idealmente

---

Cas. Turín, 16 Junio 1876, *Legge*, 1877, 1, 9; Trib. de Plasencia, 8 Septiembre 1879, *Giur. it.*, XXI, 2, 799, que declaró eficaz la disposición solamente si el heredero no hubiera enajenado en vida, ni tampoco hubiese dispuesto por testamento de los bienes heredados; Apel. Venecia, 4 Noviembre 1879, *Giur. it.*, 1880, 2, 43; Cas. Florencia, 23 Marzo 1883, *Giur. it.*, XXXV, 573; Cas. Turín, 12 Octubre 1887, *Mon. trib. Mil.*, XXIX, 214; Apel. Catanzaro, 22 Septiembre 1887, *Foro*, 1888, 1, 1.168; Apel. Cagliari, 21 Agosto 1888, *Giur. it.*, 1889, 2, 6, que avanzó más que las otras y admitió el nombramiento de un curador al instituído para que no dispusiese de los bienes sino por justa causa, *arbitrio boni viri;* Apel. Roma, 18 Julio 1888, *Foro*, 1888, 1, 1.013; Cas. Nápoles, 21 Junio 1889, *Gazz. proc.*, XXIII, 294; Trib. de Benevento, 17 Diciembre 1889, *eod.*, p. 380; Apel. Milán, 14 Diciembre 1891, *Giur. it.*, 1892, 2, 125; Cas. Turín, 31 Julio 1891, *Giur. tor.*, 1891, 729; Apel. Bolonia, 24 Noviembre 1893, *Foro*, 1894, 1, 504; las tres últimas limitaron muy netamente el alcance al caso de que el heredero no hubiese dispuesto por testamento. Para la doctrina francesa, v. Demolombe, *loc. cit.;* Laurent, *Princ.*, t. XIV, nn. 479, 486; Arntz, *C. de d. civ.*, t. II, nn. 1.701 a 1.703; Aubry y Rau, § 694, n. 26; Troplong, *Don. et test.*, t. I, n. 132, etc. Entre nuestros escritores, Pacifici-Mazzoni, aunque duda, propende a la nulidad del fideicomiso de residuo: v. *Success.*, III, 209; *Istituz.* VI, n. 150; entre los mantenedores se cita a Buniva *(Sucess. legitt. e test.*, pág. 269), que se pronuncia de un modo muy equívoco. En cambio, reconoce resueltamente su validez Giorgi *(Obbligaz.*, t. VI, n. 353), y la defiende en un libro vacuo y prolijo Vitali, *Il fedecommesso di residuo nel diritto ital.* (Plasencia, 1889).

la cosa en una u otra proporción; pero es variable cuando se llama a todos los individuos a recibir el usufructo de la cosa entera y no está preordenada la división, aun cuando aparezca como consecuencia de la concurrencia de ellos (1). En el primer caso, la parte no percibida por su respectivo titular o por quien sea su sustituto, queda a favor del gravado. En el segundo caso, la ineficacia del llamamiento no impide que subsista el usufructo ni que, disgregado de la propiedad, sigan privados de él los herederos o el legatario gravado; el usufructo, en toda su extensión, sigue asignado potencialmente a todos los demás llamados; y como disminuye el número de los concurrentes, aumenta en beneficio de éstos el cociente de la división. Hay que reputar conferido con un solo acto de voluntad a los legatarios individuales de una cosa entera o de un usufructo entero el derecho a recoger una cuota tanto mayor cuanto menor sea el número de concurrentes; y no suponer, por el contrario, conferidos un derecho a recoger una cuota cierta, y otro derecho, eventual, a participar en la adquisición de las otras partes por falta de alguno de los llamados; la extensión del legado se acerca más bien que a un *derecho de acrecer* la cuantía del legado adquirido, a un *derecho de no decrecer* del legado dispuesto en su beneficio. Y con esta construcción está conforme aquella regla de que la adquisición de la parte determinada por la concurrencia de los demás colegatarios, excluye la posibilidad de renunciar a la adquisición de aquella otra que quede vacante; por la cual razón el derecho a la extensión del legado forma parte integrante de la adquisición primera, y normalmente está comprendido en la transmisión del derecho sucesorio adquirido (2), y, sobre todo, aquel principio en cuya virtud la suspensión condicional de la vocación de los colegatarios, que mantiene incierta la extensión del legado después de la apertura de la sucesión, no impide el que, adquirido el legado, se adquiera un derecho al acrecimiento, y, tratándose del legado de propiedad, sea aquél transmisible a los herederos (3).

Lo que se ha convenido en llamar *derecho de acrecer* está, por consiguiente, fundado en el derecho a recoger una cosa entera o

---

(1) CELS., 80 D. *De leg.*, 3. XXXII.

(2) V., sobre el particular, TROPLONG, *Disp. entre vifs et test.*, n. 1.180; AUBRY y RAU, § 359, *ter*, 4; BORSARI, § 1.889; PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. VI, n. 10.

(3) JUL., 26, § 1, D. *De c. et dem.*, XXXV, 1; AUBRY y RAU, § 726, n. 51. La opinión contraria de COLMET DE SANTERRE (t. IV, n, 199 *bis*), como merecía, ha quedado aislada.

una porción entera de bienes; derecho cuya efectividad impide la coexistencia de otro derecho igual en otras personas, y que recobra eficacia cuando por cualquier causa cesa este impedimento. Se da o puede darse, tanto en la sucesión a título singular como en la a título universal, cuando varias personas ostentan derecho al mismo patrimonio o a la misma porción de patrimonio; y se da igualmente, lo mismo en la sucesión testamentaria que en la legítima, entre sucesores de igual clase. Los preceptos legales acerca de la existencia del derecho de acrecer en nuestro sistema jurídico, que reconoce la posibilidad de que concurran la sucesión testamentaria y la legítima, y no requiere, por consiguiente, que el heredero testamentario de parte cierta o de una cuota, para excluir a los herederos legítimos, se considere ficticiamente llamado en potencia a recibir entera la herencia contra la voluntad efectiva del testador (1), tienen todos el carácter de normas interpretativas de las disposiciones testamentarias. Pero no se dirigen a determinar inmediatamente si el testador, al disponer de los bienes, pensó en que se beneficiara uno de los llamados con la caducidad eventual de otra liberalidad, sino más bien se encaminan a averiguar si pensó disponer el llamamiento solidario, del que necesariamente se deriva el aumento recíproco para el caso de caducidad. Si se deja la tercera parte de un fundo a Ticio, otra tercera a Cayo y otra a Mevio, y se agrega la cláusula de que en defecto de uno se distribuya su parte entre los otros dos legatarios, hay una disposición para acrecer, pero es el acrecimiento de aquello *dado* con la disposición primera, no de aquello otro que ha podido adquirirse a causa de ésta; es un acrecimiento que no se deriva de la primera disposición, sino de otra agregada y distinta de la primera. Si Ticio muere, Cayo y Mevio adquieren su parte, no por razón del primer legado dispuesto en su beneficio, sino como sustitutos vulgares de Ticio. Es una adquisición nueva, a que pueden renunciar con independencia, y no transmisible a sus herederos propios si muriesen después de adquirir su tercera parte, pero antes de que se realice la caducidad del derecho de Ticio. La voluntad del testador no tiene poder para ordenar la transmisión de un derecho condicionado de sucesión; para abrir

(1) En el Derecho romano se daba el acrecimiento entre los herederos testamentarios independientemente de la vocación solidaria; de ésta procede tan sólo el derecho de acrecer con preferencia a los demás herederos. CELS., 60, § 3; JAV., 64; POMP., 67 D. *De her. inst.*, XXVIII, 5. Cons. VANGEROW, § 496, número 2.

paso a todos los efectos que la ley regula bajo el nombre de derecho de acrecer, debe constar que el testador ha elegido aquella forma de disposición a la que vincula la ley estos efectos.

130. Distinguían los antiguos jurisconsultos entre el derecho de acrecer fundado en el *llamamiento conjunto*, o sea, en la disposición que al reunir a los llamados crea entre ellos un vínculo de reciprocidad, y el derecho de no decrecer, fundado en el *llamamiento disyuntivo*, o sea, en la asignación de la misma cosa íntegra, con disposiciones separadas, a los individuos singulares llamados (1). La distinción la justifica una Constitución de JUSTINIANO (2), que dice: que cuando se legue la misma cosa separadamente, al caducar un llamamiento, quedan aumentadas necesariamente las otras partes, aun contra la voluntad de los colegatarios, y la porción del legatario que falta es devuelta a los restantes, pero libre de obligaciones y de cargas si se les hubieren impuesto; en tanto que cuando se lega conjuntamente a varios la cosa misma, los individuos, en particular, pueden aceptar o rechazar el acrecimiento; pero si lo aceptan, asumen las obligaciones del cosucesor. Esta regla presuponía, en caso de vocación disyuntiva, el llamamiento inmediato de los individuos a recibir la cosa enteramente; y en el de vocación conjuntiva, el llamamiento a recibir una porción viril, y eventualmente, la porción de los demás; en tanto que, si fuese cierto que el concurso de vocaciones de muchos a la cosa misma, con arreglo a la interpretación natural de la voluntad, implicase una distribución de partes, debería reconocerse así, tanto en la vocación disyuntiva, como en la conjuntiva, porque aquella vocación siempre es un llamamiento de muchas personas a la misma cosa, y por lo tanto, implica la posibilidad de la división si concurren los llamados. Si JUSTINIANO hubiese desarrollado todas las consecuencias lógicas de la regla nueva que suprimía el acrecimiento necesario para los *re et verbis conjuncti*, hubiera debido ver en la caducidad de los colegatarios una nueva delación, y excluir, por tanto, de la participación en el acrecimiento voluntario, a los herederos del legatario fallecido

(1) *Re et verbis conjuncti*; *re tantum conjuncti*. V. sobre la distinción: DONELO, *Comm. jur. civ.*, l. VIII, c. 21, nn. 10-11; MANTICA, *de conjecturis*, l. X, t. 3, nn. 10 y siguientes. Que la vocación de los legatarios *re tantum conjuncti* sea una vocación disyuntiva es cosa que corresponde a la terminología de las fuentes romanas: v. GAYO, *Inst.*, II, § 199; ULPIANO, *Fragm.*, XXIV, 12; § 8, I, *De leg.*, II, 20. Cons. VANGEROW, § 496, not. 2, *i. f.*

(2) L. ún. C. *De cad. toll.*, VI, 51.

antes de la caducidad. Y como no lo hizo, ha motivado una construcción lógicamente incoherente, que no puede aceptarse en nuestro Derecho, donde se ha restablecido el principio del acrecimiento necesario (1) y dispuesto en todos los casos (arts. 882 y 887) (a) la subrogación del que acrece en las cargas del colegatario que falta. La vocación conjunta no modifica los efectos de la vocación solidaria que viene formulada por su mediación; donde hay que buscar el fundamento del derecho de acrecer es en la *solidaridad de la vocación* y no en la conjunción (2).

Por otra parte, no cabe negar que, en tanto que en las disposiciones a título particular, ordinariamente, no hay dudas acerca del propósito del testador de atribuir la misma cosa a varias personas (3), en la vocación hereditaria y tratándose de partes determinadas cuantitativamente en relación a la totalidad de la herencia, puede haber igualdad, sin que exista identidad de objeto; y por eso nuestro Código limita a los legados la eficacia de la vocación disyuntiva (4) y requiere la conjunción de los llamados en una sola y misma disposición para que haya certidumbre de la vocación múltiple solidaria en la herencia. Hay que notar que el propósito de atribuir a varias personas, no una cuota igual, sino la cuota

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. VI, n. 12, y t. VII, n. 85.

(a) [Cfr. arts. 984 y 987 del Cód. esp.]

(2) PROUDHON (*Usufruit*, nn. 630-634, 673 y siguientes) recurre a la distinción entre derecho de no decrecer, en el caso de conjunción real, y derecho de acrecer entre los *conjuncti re et verbis* para acomodar al sistema del Cód. de Napoleón el derecho de acrecer, fundado en la conjunción meramente real que el artículo 1.045 no acepta, sino excepcionalmente, cuando el objeto del legado sea de imposible división; y estima que no necesita confirmar la ley el derecho de no decrecer, y que al callar, no es que lo excluya; en tanto que el derecho de acrecer deriva de una preceptuación positiva de la ley. Conforme a la interpretación que más se ha seguido, y que es la exacta, el artículo 1.045 demuestra que, cuando quiere la ley asignar a la conjunción real un efecto, lo declara expresamente. La dificultad que esto significa para su tesis la elimina artificiosamente PROUDHON, quien interpreta el inciso *même séparément* como si se refiriese, no al llamamiento con disposiciones separadas, sino al llamamiento con asignación de partes distintas (*eod.*, n. 734).

(3) Si el testador así quiere que conste, debe aparecer explícita la declaración de que atribuye la cosa entera a uno, y a otro, el valor de la misma: JUST., 1, § 11 C. *De cad. toll.*, VI, 51.

(4) Se ha sostenido que esta limitación existía ya en el Derecho romano: MAYER, *Erbrecht*, t. I, § 28; *Anwachsungsrecht*, ps. 63 y sigs., a quien cita y refuta VANGEROW, § 496, n. 2.

misma, puede resultar de una explicación manifiesta de la voluntad distinta de la conjunción verbal, y también de la simple referencia a una disposición anterior; que además, cuando haya una doble institución en la totalidad de la herencia, desaparece la incertidumbre sobre la identidad del objeto. Por último, la duda entre identidad e igualdad, y por tanto, entre admisión y exclusión del acrecimiento, reaparece en los egados de usufructo universal con igual fuerza que en los llamamientos hereditarios. Y es muy singular que cuando se disponga «instituyo a Ticio heredero de la mitad de la herencia; instituyo a Cayo en la mitad que dejo a Ticio», la caducidad de la institución de Ticio no beneficie a Cayo; y en cambio, que cuando se diga «instituyo a Ticio usufructuario de la mitad de la herencia, e instituyo a Cayo usufructuario en la mitad dejada a Ticio», la falta de Ticio beneficie a Cayo. Pero es claro el texto de la ley; el artículo 884 reconoce el derecho de acrecer en los legados en los casos en que proceda hacerlo con la institución de heredero *y asimismo* cuando una cosa misma se deja a virtud de disposiciones separadas. Esto significa que en los legados se da efecto a la conjunción real, mientras que en la vocación hereditaria no basta para determinar el acrecimiento (a).

Por otro lado, cuando concurre la vocación conjuntiva con la disyuntiva, ha lugar a preferir para el acrecimiento a los llamados conjuntamente sobre los disyuntivos, cosa que tiene su fundamento en la misma razón por virtud de la cual, en el caso de que unos y otros participen en el reparto, a los conjuntos, todos reunidos, se les atribuye únicamente una cuota igua a la de cada uno de los llamados separadamente. O, en otras palabras, porque están subordinadas, más bien que coordinadas, las dos conjunciones; y se llama primero a todos los conjuntos reunidos a recibir entera la cosa, y después se llama a los conjuntos individuales a recibir la cosa entera que, reunidos todos ellos, puede corresponderles concurriendo con los disyuntos (1). Por lo demás, las dos conjunciones subordi-

(a) [No es aplicable esta doctrina al Cód. esp., en el cual, según el artículo 987, el derecho de acrecer tiene lugar entre los legatarios en los mismos términos establecidos para los herederos.]

(1) Sólo FERRINI (*Legati e fedecommessi*, ps. 176-179, 641) sostiene la opinión contraria, y cree llamados con igualdad de derechos a conjuntos y disyuntos; cree que está interpolado el pasaje de ULPIANO (34 pr. D. *De leg.*, 1, XXX) sobre el cual funda la opinión expuesta en el texto la mayoría de los romanistas. También, según PAULO (7, D. *De us. adcr.*, 2), resulta el reparto desigual en el caso de concurrencia. Es incoherente la doctrina de SCHNEIDER

nadas pueden ser ambas conjunciones mixtas, como, por ejemplo: «Dejo el fundo a mi hermano Ticio y a los hijos de mi hermano Cayo». Se llama a recibir todo el fundo, por un lado, a Ticio; por otro, a los hijos de Cayo *quasi in unum corpus redacti* (1); si concurren todos, Ticio recibe la mitad; si falta alguno de los hijos de Cayo, la parte correspondiente a él acrece a los otros; si falta Ticio, se divide todo el fundo entre los hijos de Cayo que concurran. Hay doble conjunción cuando se emplea una designación colectiva para una parte de los llamados (2); pero no es éste un criterio absoluto; y así, por ejemplo, debe reconocerse en general una conjunción simple si hay más grupos de llamados con designación colectiva: «dejo el fundo a mis hermanos y a mis hermanas» (3).

Para la eficacia de la vocación solidaria disyuntiva, es necesario otro requisito. Como nuestro sistema de Derecho actual admite la coexistencia y eficacia de distintos testamentos cuyas disposiciones no sean intrínsecamente incompatibles, para que proceda el derecho de acrecer es necesario que los legados de la cosa misma estén comprendidos en un mismo testamento. Es muy probable que la segunda vocación en el propio objeto se haga con el propósito de modificar el alcance potencial de la primera, ya que se consigna en un acto distinto y se realiza en diversa época; por eso se presume con razón que la modifique o limite y señale una asignación de partes dependientes de la eventualidad de la concurrencia efectiva de los llamados, y para rechazar tal presunción, no basta la simple mención, es necesario que se repita el llamamiento anterior. En cambio, cuando las dos distintas disposiciones están consignadas en el mismo testamento, no es que una vocación limite a la otra; lo que impide la eficacia completa, es el efectivo concurso de todos los llamados.

(d. altcivil. u. justin. Anwachsungsrecht, ps. 261 y siguientes), que reconoce la paridad de derecho de los conjuntos con los disyuntos en caso de concurrencia, y el derecho preferente al acrecimiento por parte de los primeros en caso de caducidad.

(1) L. única cit., § 10 C. *De cad. toll.*, VI, 51.

(2) V. Apel. Turín, 15 de Febrero de 1869, *Giur. it.*, XXI, 2, 118; Apel. Brescia, 6 de Febrero de 1875, *Legge*, 1875, 1, 802; en cambio, rechaza el efecto de la designación colectiva y ordena la división en porciones viriles, el Trib. de Apel. de Roma, 16 de Febrero de 1888 *(Foro*, 1888, 1, 245) en un caso en que se había instituído conjuntamente a los hijos de un hermano vivo y a los de otro difunto.

(3) Cons. SCÆV., 88, § 6 D. *De leg.*, 2, XXXI.

Conforme a lo expuesto, únicamente como vocación solidaria es como surte efectos la vocación conjuntiva, y hay que rechazar que la reunión en una disposición única de legados de cosas diversas o de partes diversas de una cosa, pueda generar el derecho de acrecer. Cuando, por otra parte, en una misma disposición es legada la cosa a varias personas por partes iguales, sólo en apariencia cesa la solidaridad de la vocación; porque no hay una división anterior a los llamamientos, sino únicamente la indicación de aquella división, en partes iguales, que normalmente se produce en la concurrencia de todos o algunos de los llamados. Lo que aparece evidentemente cuando los llamados son más de dos, la cláusula «por partes iguales», no implica la atribución de partes invariables, porque contiene una determinación relativa, perfectamente aplicable tanto al caso de que concurran todos los llamados, como en el de que falten algunos (1). La determinación de *conjunciones meramente verbales*, que se aplica a esta forma de vocación es tratada, como nota DONELO, *ex eo quod videtur, non ex eo quod est.* Si los individuos aparecen llamados a recoger partes iguales de la cosa, *re ipsa sunt conjuncti* (2), y sólo está expresa la igualdad en el reparto, que se sobrentiende, como consecuencia necesaria de la concurrencia, en toda vocación solidaria múltiple.

La opinión que hoy prevalece entre los romanistas (3), es que basta la cláusula *æquis partibus* para destruir la solidaridad de la vocación, y por consiguiente, para rechazar el acrecimiento. Pero casi ninguno niega (4) que, a pesar de la referencia a la división en partes del legado, pueda resultar del conjunto de las circunstancias la intención del testador de ordenar la vocación solidaria. Reconocer la posibilidad de una alternativa que haya de resolverse según las circunstancias del caso concreto, es abrir de par en par la puerta al arbitrio de la interpretación judicial, y hay que aplaudir sin reservas al Código vigente por haber establecido en el artículo 881 (a) la presunción de que las frases «en iguales partes» o «en

(1) Por eso, cuando es indeterminado el número de los llamados, decide el Digesto que la vocación por partes iguales no hace desaparecer la vocación solidaria: POMP., 16, § 2, D. *De leg.*, 1, XXX; Cons. GAYO, 7, D. *De reb. dub.*, XXXIV, 5. V., por otra parte, FERRINI, *op. cit.*, ps. 649 y siguientes.

(2) DONELO, *Comm. j. c.*, l. VII, c. 13, n. 20.

(3) V. por todos VANGEROW, § 496, nn. 2, 3; n. 3 B, § 547, y WINDSCHEID, § 604, n. 3, § 644, nn. 12, 13.

(4) Lo niega FERRINI, *op. cit.*, p. 650.

(a) [Art. 983 del Cód. esp.]

iguales porciones» no equivalgan a distribución de partes (1).

Por el hecho de ser llamado uno bajo condición suspensiva, no desaparece la solidaridad de la vocación: mientras la condición pende, el legado pertenecerá íntegramente al colegatario; si falta la condición, lo conservará por completo; cumplida la condición, vendrá el llamamiento en favor del primero, y al concurrir éste, quedará resuelto el derecho adquirido por el segundo en cuanto a la parte correspondiente al primero (2). También es eficaz en absoluto, aunque se trate de disposiciones a título universal, la doble vocación solidaria, pura para uno y condicional para otro de los llamados; porque no es la cualidad de heredero y la representación hereditaria lo que se resuelve con el cumplimiento de la condición, sino una parte del derecho adquirido (3). En cambio, carece de efecto la vocación de uno subordinada a condición que no pueda cumplirse hasta después de la muerte del otro llamado, porque excluye la posibilidad de que el primero concurra con el segundo a la adquisición, y lo que se ordena, aunque en otra forma, es la sucesión de uno a otro de los llamados.

131. Estos principios se aplican asimismo al caso de legados

(1) Por lo demás, se ha querido extender el significado de la expresión «conjunción verbal» a las disposiciones en que se llama conjuntamente a varios, a partes de la cosa completamente determinadas. En este caso, no cabe duda de que cesa en realidad, y no en apariencia únicamente, la vocación solidaria y que, por lo tanto, no procede el derecho de acrecer; v. Apel. Lucca, 28 Enero 1874, *Legge*, 1875, 1, 322; Apel. Brescia, 20 Febrero 1889, *Foro*, 1889, 1, 964; Cas. Florencia, 6 Junio 1892, *Foro*, 1892, 1, 1.221; Apel. Venecia, 30 Diciembre 1893, *Temi ven.*, 1893, 241. También se ha sostenido por quienes combaten la eficacia de la conjunción verbal, que en casos semejantes puede aparecer la intención del testador de que haya acrecimiento; RUGGIERI, *Diritto di accrescimento*, ps. 83-108; pero no es fácil inducir de las circunstancias concretas si el testador ha tenido la *intención* de ordenar la conjunción real, que está en la esencia de la vocación solidaria, háyasela o no ordenado; y con ella es incompatible la determinación absoluta de las partes.

(2) En el Digesto hay una aplicación de este principio al legado de usufructo: ULPIANO, 6, § 2, D. *De us. adcr.*, VII, 2, y otra a la asignación testamentaria de un liberto: TERENT. CL., 10, § 1. D. *De adsign. lib.*, XXXVIII, 4.

(3) CUYACIO, *Comm.* en el t. 11 *de bon. possess.*, l. XXXVII, ad l. 2 § 2 (ed. Nápoles, t. VIII, c. 139). En el indicado sentido regula el Digesto el doble fideicomiso universal, puro para el uno y condicional para el otro de los fideicomisarios: ULPIANO, 1, § 9, D. *ad sc. Trebell.*, XXXVI, 1. Cons. también VENUL., 7, D. *Fam. erc.*, X, 2.

concurrentes de cosa íntegra y de parte de ella. Según la regla interpretativa impuesta por JUSTINIANO y que en general debe practicarse, el legado de parte de una cosa legada por entero anteriormente a otro, implica revocación parcial del primer legado, que queda limitado de esta suerte a lo que de la cosa reste después de detraer aquella parte de que ha dispuesto el testador por separado (1). Si el legado de parte es instituído primeramente y después el legado de la totalidad de la cosa, por igual razón hay que entender revocado completamente el primero por el segundo; pero si de las circunstancias en que la segunda disposición está formulada, y, con mayor motivo, si a virtud de confirmación expresa de la primera, aparece excluída la revocación, surge una conjunción real entre el primero y el segundo legatario, limitada a la parte correspondiente al primero y comprendida en el legado hecho al segundo: la primera disposición asigna a uno de los legatarios una porción completa de la cosa, y la segunda, la cosa entera a otra persona; es decir, todo lo legado al primero y el remanente completo; al concurrir los dos legatarios, se dividirá entre ellos igualmente la parte, y el remanente corresponderá por entero al segundo; si el primero falta, la cosa, completa y sin detracción alguna, corresponderá al segundo; y si falta el segundo, el primero adquirirá la porción que se le dejó íntegramente, y el sobrante quedará a beneficio del gravado.

En este caso, por consiguiente, el llamamiento de un legatario a la cosa íntegra no puede producir su efecto completo por la concurrencia del legatario llamado a una parte; pero la totalidad comprende *necesariamente* la parte y el concurso del llamado a la parte no impide que el legatario de la totalidad participe de esa porción.

Con muy distinto criterio se resuelve el caso de que uno de los legados comprenda cosas expresadas con una denominación genérica o un conjunto de cosas unidas por su común destino económico y comprendidas bajo un mismo nombre, y el otro, cosas singulares que formen parte de aquel conjunto o que puedan comprenderse con aquella designación. En este supuesto, el objeto de uno de los legados no comprende *necesariamente* el objeto del otro legado; parece más bien que la voluntad del testador fué derogar la general con la disposición particular, y que por el concurso del legatario particular quedara modificada la amplitud del conjunto, detrayendo de él las cosas singulares dejadas al otro, para que éste exclusi-

(1) JUST., 23 C. *De leg.*, VI, 37.

vamente las recoja (1). Sin embargo, esta derogación no es absoluta y definitiva, ni fija e invariable la determinación del legado general que se deriva de ella; no ocurre otra cosa que en la doble e idéntica vocación solidaria, en que la limitación es consecuencia del concurso de colegatarios, no del llamamiento; por tanto, la determinación limitativa del legado general proviene, no de la existencia, sino de la eficacia del legado especial. Si queda ineficaz el legado especial, recobra la extensión que le estaba atribuída en potencia la determinación objetiva del legado general, a cuya actuación estorbaba la concurrencia del legatario especial (2). De modo que, si lego a Ticio ciertos libros o ciertos cuadros, y a Cayo mi biblioteca o mi museo, Ticio recibirá la propiedad exclusiva de los libros o de los cuadros, y si concurre, se entenderá dejada a Cayo la biblioteca o el museo, exceptuados aquellos libros o cuadros; pero si el legado de Ticio queda ineficaz, será Cayo quien reciba entera la biblioteca o el museo, y no se beneficiará el heredero, aunque sea él mismo quien venga con ello particularmente gravado.

132. En aplicación de las reglas expuestas, cuando el usufructo de la misma cosa o de la misma porción de bienes se legue a

---

(1) PAP., 80 D. *De reg. jur.*, L, 17; POMP., 2, pr. D. *De trit. leg.*, XXXIII, 6; 1 pr. *De auro leg.*, XXXIV, 2.

(2) Argumento en SCÆV., 40, § 2, D. *De auro leg.*, XXXIV, 2, Cons. CUYACIO, *Recit. solemn. ad tit. de leg.*, III, l. 89 (ed. Nápoles, t. X, c. 1.144 y 1.145); *ad l. VIII respons. Papin.*, l. 24, § 1 D. *De adim. leg.*, XXIV, 4 (*eod.*, t. IV, c. 1.184-1.185), y v. PROUDHON, *Usufruit*, nn. 610-621. PROUDHON habla en este caso de una conjunción que no es completamente recíproca y que, según él (para preparar la justificación de su tesis de que la vocación disyuntiva produce siempre el acrecimiento, aun dentro del Código de Napoleón), existe independientemente del reconocimiento legal; y yo afirmo que no puede haber acrecimiento en la vocación doble, sin que esté reconocida en la ley; pero que nuestro Código admite el acrecimiento en la doble vocación distinta sobre la cosa misma, y, por consiguiente, en la vocación general concurrente con la especial. Además, conviene distinguir, como hace CUYACIO (ad l. 89) dos cuestiones: la relativa a la formación de porciones en el caso de concurrencia, y la referente al derecho de acrecer. La formación de porciones se hace de un modo distinto, según que se legue a dos la misma cosa con una disposición igual, o a uno de ellos un conjunto de cosas, y a otro una cosa incluída en aquel conjunto; el derecho de acrecer se produce siempre en la misma forma a favor del legatario a quien se asigna en potencia una cuota mayor que la que le corresponde si hay otro legatario concurrente.

varias personas (1), en distintas cláusulas del mismo testamento, o en la misma cláusula, o en una disposición que atribuya genéricamente a los llamados partes iguales del usufructo de la cosa, habrá que reconocer la constitución de un usufructo conjunto y de un derecho recíproco de acrecer. Los llamamientos separados al usufructo de la misma cuota, hay que relacionarlos de suerte que no se vaya a tratar de vocaciones sobre cuota igual, pero no la misma: «lego a Primo el usufructo de la mitad de mis bienes, y dejo a Segundo el usufructo de la mitad asignada a Primo» (2), es el caso a que me refiero.

Conforme a una resolución del Digesto (3), las disposiciones que atribuyen a varias personas el usufructo de la misma cosa, no dan derecho al recíproco acrecimiento cuando son distintos los herederos gravados con la prestación del usufructo; porque, cuando se impone exclusivamente a uno la carga del usufructo, hay que creer que éste recae sobre la cuota de propiedad que corresponde al gravado, y hay, por tanto, en el llamamiento al mismo usufructo una implícita atribución de partes (4). Cuando aparezca clara la intención del testador de no limitar la carga del usufructo legado a la parte que corresponda al gravado, habrá que suponer, en vista de esa atribución exclusiva de la carga, que no ha querido investir inmediatamente al legatario de un derecho real, sino únicamente de un derecho de obligación para con el gravado; los dos legatarios del usufructo de la misma cosa serán, en este caso, solamente acreedores de una prestación con idéntico objeto; pero acreedores de personas distintas, y, por tanto, en realidad, acreedores de dos prestaciones diversas, una de las cuales, por lo menos, sólo podrá satisfacerse abonando el valor del usufructo.

Si por separado se lega el usufructo de una parte y el usufructo de la cosa entera, hay conjunción real respecto de la parte; si se

(1) Ulpiano, 1 pr. D. *De us. adcr.*, VII, 2.

(2) Apel. Casale (27 de Abril de 1868, *Gazz. Gen.*, XX, 1, 552) resuelve que si se lega a uno el usufructo con la obligación de transmitirlo a otro, no hay atribución solidaria del mismo derecho, ni el segundo posee más que un derecho a ser indemnizado, si no cumple el primero la obligación impuesta; el T. de Apel. de Trani (16 Mayo 1873, *Annali*, 1873, 2, 455, v. not. 1, a la pág. 232) cree que hay un usufructo conjunto en un testamento en el que se llamaba a tres personas al usufructo de dos fundos; a la primera de ellas correspondía exclusivamente el usufructo de uno, y a la segunda el del otro.

(3) Pomp., 11; Ulpiano, 12 D. *De us. adcr.*, VII, 2.

(4) V. Donelo, *Comm. j. c.* l. X c. 23 n. 20.

lega a uno el usufructo de cosa singular, y a otro el usufructo de un conjunto que comprenda dicha cosa, el usufructuario de éste no puede participar del usufructo de la cosa individual por el concurso de aquél a quien ha sido dejada por separado (1); pero cuando este concurso desaparece, recobra toda la extensión de que es susceptible el llamamiento a la totalidad, y abraza también la cosa que se había detraído exclusivamente en beneficio del otro legatario.

Razonando igualmente es como debe interpretarse el legado doble de propiedad y usufructo de la cosa misma. Si bien las facultades constitutivas del derecho de usufructo forman parte de la propiedad (2), y, por lo tanto, dejando la propiedad sin otra explicación, corresponde también al legatario el disfrute actual, el hecho de existir una disposición separada en que se legue a otro el usufructo (esté hecha antes o después (3) importa poco) modifica la extensión del legado de propiedad; y sustraída de él la parte correspondiente al contenido del usufructo, la vocación queda limitada a la nuda propiedad. En el lenguaje usual y en el legal las palabras *propiedad* y *propietario* tienen un significado distinto, según sean empleadas absolutamente o en relación con un derecho de usufructo coexistente; no hay necesidad de calificar de *nudo* al propietario para comprender que está privado de la cualidad de gozar ac-

(1) Algunos escritores habían sostenido lo contrario; pero prevalecía esta opinión incluso entre los prácticos; v. CASTILLO, *De usufructu*, c. XLVII, nn. 13 y siguientes y los autores allí citados. Cierto que puede lograrse esta participación mediante la vocación particular solidaria del usufructuario universal en este especial usufructo, por ejemplo: «Lego a Primo el usufructo de mi casa; lego a Segundo el usufructo de todos mis bienes, incluyendo la casa dejada a Primo», o bien, con un llamamiento parcial: «incluyendo la mitad de la casa dejada a Primo.»

(2) Como lo justifican algunas proposiciones que los antiguos doctores relacionaban con la distinción entre usufructo causal y formal; como, por ejemplo, la de que dado un estatuto que no reconociese la eficacia de la disposición testamentaria entre cónyuges sino cuando fuese recíproca y no excediera del usufructo, había que reputar cumplida la condición de reciprocidad respecto de aquel a quien el otro legase, en vez del usufructo, la propiedad de bienes sujetos a un estatuto que no contuviese esta restricción; así lo entiende VOET (*ad Pandectas*, l. VII, tít. 1, n. 4) al resolver el conflicto entre el estatuto de Utrecht y el estatuto de Holanda.

(3) Si se hace después, cabe creer que contiene una revocación parcial de la disposición anterior que legó la propiedad; si se hizo antes, el legado de la propiedad ordenado en relación con él, consiste, desde su origen, en un legado de nuda propiedad.

tualmente, si se ha investido de ella a otro; el Código no habla de las obligaciones para con el nudo propietario ni de los derechos del nudo propietario, sino sencillamente de obligaciones para con el propietario, de derechos del propietario, cuando quiere designar sus relaciones jurídicas respecto al usufructuario (1). Conviene, por tanto, valorar de un modo distinto el doble legado de usufructo y de la *nuda propiedad*, que venga, así ya, desde el llamamiento, expresamente limitada; el legatario de la *nuda propiedad* no consolida el pleno dominio porque el legatario del usufructo premuera o sea incapaz, sino que éste pasa a los herederos; en tanto que el legatario de *propiedad*, si tiene impedimento para recibirla íntegramente y participar del disfrute porque concurra el legatario del usufructo, en caso de que éste no adquiera el legado, consolida el dominio y extiende inmediatamente su derecho al disfrute actual (2).

---

(1) PROUDHON, *Usufruit*, nn. 505 y siguientes. Conocida es la resolución contraria de MODESTINO, 19 D. *De us. leg.*, XXXIII, 2, confirmada por ULPIANO, 3, 12 D. *De us. adcr.*, VII, 2, y por AFRIC., 9 *eod.*, que la aplica de un modo más complejo y regula el reparto en el caso de dos conjunciones sobreordenadas (v. más atrás, pág. 333 *i. f.*); legado a dos el fundo, y a un tercero el usufructo, se entienden llamados los dos juntos por un lado, el tercero por otro, a recoger el usufructo íntegro; cada uno de los dos está llamado a recibir toda la cuota que corresponda a los dos juntos; concurriendo todos, corresponderá un cuarto a cada uno y la mitad al tercero. Lo mismo que AFRICANO, PAULO, 26, § 1, D. *De us. leg.*, XXXIII, 2 (el inciso final de este fragmento sólo excluye que, faltando uno de los dos, acrezca su parte al tercero). Esta interpretación fué inaplicable después de la Constitución de JUSTINIANO citada en la nota 1, pág. 337, como sostiene FRANCKE, *obss. de jure legator.*, sp. I, c. 2 (citado por VANGEROW, § 554); pero la Constitución podía haberse aplicado únicamente al legado de usufructo posterior al legado de propiedad. A admitir la conjunción entre el llamado a la propiedad y el llamado al usufructo, hubieron de rebelarse varios intérpretes del Derecho común; por ejemplo, VOET, *ad Pandect.*, l. VII, tít. 1, n. 8; entre los modernos la siguen VANGEROW, § 554, l. 3, y FERRINI, *Legat. e fedec.*, p. 180; la rechazan ARNDTS, *Forts. v. Glück's Pand.*, t. XLVIII, p. 182; UNGER, *Oest. Erbr.*, § 71, n. 5, y WINDSCHEID, § 656, n. 6.

(2) En Derecho romano, al legatario de la nuda propiedad correspondía el usufructo, pendiente la condición a que el legado de usufructo estaba sujeto: JUL., 4 D. *Si ususfr.*, VII, 6; y del mismo modo se aprovechaba de la caducidad del legado de usufructo (esto no lo afirma, sin embargo, PAP., 33, D. *De us.*, VII, 1, que habla de un legatario *de la propiedad* y no de la propiedad *detracto usufructu)*. Pero, precisamente porque el legatario de la propiedad se creía llamado a participar del usufructo asignado a otro, podía suponerse

Si por separado se establecen un legado de usufructo universal y otro legado particular de propiedad, hubieron de sostener al-

que la expresa deducción del usufructo excluía únicamente esta participación y no también la ventaja de beneficiarse con la caducidad; y si se le excluye siempre de participar en el usufructo, ¿de qué priva y qué significa la expresa detracción del usufructo cuando el legatario de la nuda propiedad puede aprovecharse del usufructo caducado? No es llamado a recibir el usufructo; el legado de usufructo es una carga para el heredero, no para él, y, por consiguiente, el heredero es quien se beneficia de la caducidad. Se ha hablado también de una consolidación que ocurriría en favor del nudo propietario (PROUDHON, *Usufr.*, n. 520); pero la consolidación es una de las formas de extinguir el usufructo y presupone la existencia de éste; el legatario de la nuda propiedad tiene derecho al usufructo cuando éste acaba, pero no cuando no nace en favor del llamado, ya que el estar limitado su derecho a la nuda propiedad permite que se separe de la propiedad en beneficio del heredero, como ocurre cuando no hay nadie expresamente llamado a él. Todo esto no estorba que, por circunstancias concurrentes, pueda aparecer como voluntad del disponente no limitar el derecho del legatario a la nuda propiedad, sino en el caso de que el legatario adquiera el usufructo. Contra la opinión más general (v., además de PROUDHON, ya cit., DEMOLOMBE, *Don. et test.*, t. V, n. 356), sostiene esta tesis VAUGEOIS, *Ét. sur la caducité du legs d'usufruit*, en la *Rev. crit. de lég. et de jur.*, 1868, ps. 355 y siguientes, 402 y siguientes. VAUGEOIS sostiene también que no es legatario universal el de la propiedad nuda de todos los bienes, y, por lo tanto, que, ante una disposición de esta naturaleza, la caducidad del legado de usufructo de todos los bienes cede en beneficio del heredero legítimo. Eso no es cierto en Derecho francés, y menos aún en el nuestro. El legado de todos los bienes o de una cuota en nuda propiedad está determinado, objetivamente, en relación a la totalidad del patrimonio, aun cuando haya una detracción cuya cuantía se determina con otros elementos; como está determinado en relación al conjunto del patrimonio el legado de todos los bienes o de una cuota en plena propiedad, a reserva, de fijar lo que sobre, después de cumplir las disposiciones particulares determinadas en modo absoluto. Falta, además, en el nudo propietario del patrimonio el fundamento principal que lleva a negar carácter universal al legado de usufructo de un patrimonio, o sea la temporalidad de la vocación. Y, por último, si al nudo propietario del patrimonio se le priva de la representación hereditaria, ¿en quién reside ésta? ¿Cómo han de tenerla los sucesores legítimos, que sólo tienen un eventual derecho de usufructo? Por consiguiente, el nudo propietario del patrimonio se beneficia de la caducidad del legado de usufructo, como de las demás disposiciones particulares, no porque sea nudo propietario, sino porque es heredero. Es indiscutible que, al caducar el legado de usufructo, el heredero lo hace suyo por derecho propio, y, por lo tanto, lo que limita en el tiempo la separación del usufructo y la propiedad es la duración de la vida del heredero (con provecho o daño del nudo propietario, que eso poco importa).

gunos (1) que la cosa legada en propiedad debía considerarse parte del conjunto de bienes dejados en usufructo, y que por eso podía el usufructuario pretender su disfrute exclusivo.

Otros creían que podría ser aplicable a esto la misma solución que para el caso anterior daba el Derecho romano, y, por tanto, que participara en el disfrute de la cosa el usufructuario universal, junto con el legatario de la propiedad (2).

Ninguna de las dos soluciones es admisible. La disposición particular sobre una cosa que forma parte de un conjunto de bienes, según he notado en el número anterior, modifica la extensión que el testador atribuye a este conjunto, si aquella disposición ha de ser eficaz; y como la vocación en la propiedad no se halla en antítesis necesaria con una vocación al usufructo, conserva el más amplio significado de que es capaz, e implica atribución de la propiedad sin detracción del usufructo (3).

Siempre es posible llamar expresamente al legatario de propiedad, a participar del usufructo de cosa legada separadamente en usufructo. Haciéndolo con una vocación solidaria, sería: «lego a Primo el usufructo de mi casa, lego a Segundo la propiedad de mi casa total y completa» o «la propiedad, comprendido el usufructo legado a Primo». Y con una vocación parcial, resultaría: «lego a

---

(1) Entre otros, SOCINO, citado por MANTICA, *de conject. ult. vol.*, l. IX tít. 6, n. 22.

(2) BARTOLO, ad l. 12, § 47 D, *De instr. leg.*, XXXIII, 7, y ad l. 33 (nn. 1 y 2) D. *De us. leg.*, XXXIII, 2; fué seguido, entre otros, por MANTICA, lug. cit. en la nota precedente; MENOCHIO, *de præsumption.*, l. IV, p. 140, nn. 34 y siguientes; CASTILLO, *de usufr.*, c. XLVII, nn. 5 y siguientes.

(3) BALDO, ad l. 10 (n. 5) C. *Fam. erc.*, III, 36, excluye la conjunción y atribuye la propiedad plena al legatario de cosa singular. V. en este sentido Apel. Casale, 8 de Abril de 1884, *Giur. casal.*, 1884, 297; Cas. Turín, 31 Julio 1867, *Legge*, VII, 1, 914. Según este Tribunal, una distinta interpretación dada al testamento constituye una tergiversación de su sentido y puede ser recurrida en casación. Cito para recuerdo la interpretación del mismo BALDO a la l. últ. (n. 9) C. *De indict. viduit.*, VI, 40, que reconocía la participación del heredero en el usufructo de todos los bienes que se hubiera establecido en un legado separadamente. Otros admitían a participar al heredero si hubiese sido instituído *pleno jure;* algunos si la institución se hacía *in omnibus bonis;* otros, finalmente, por meras conjeturas, si hubieran sido instituídos herederos los hijos; v. MANTICA, l. IX, tít. 6, nn. 17 y siguientes; MENOCHIO, l. IV, p. 140, nn. 28 y sigs.; CASTILLO, c. 47, nn. 17 y sigs.; es muy cierto que la vocación hereditaria no comprende jamás las cosas de las cuales se ha dispuesto a título particular.

Primo el usufructo de mi casa, lego a Segundo la propiedad de mi casa, comprendida la mitad del usufructo legado a Primo». Posible es igualmente que se llame al usufructuario de todos los bienes a participar del usufructo de cosa legada en propiedad, o a tener sobre esta cosa el usufructo con exclusión del propietario. Y si en las disposiciones sobre la propiedad no se conserva la representación de los bienes como una unidad, fundada en la disposición sobre el usufructo; o sea, si después de legado por un lado el usufructo sobre un conjunto de bienes, por otro lado se agota este conjunto con otras tantas disposiciones particulares de propiedad, hay que reputar que, aun cuando diversamente representados, son los mismos bienes el objeto de las dos disposiciones; y con respecto a ellos reaparecerá la antítesis de las dos vocaciones, y la consiguiente limitación de los legados singulares de propiedad a la nuda propiedad.

133. Supuesta la solidaridad de la vocación, para que se dé el derecho de acrecer es necesario, en primer lugar, que falte uno de los llamados; y en segundo lugar, que el otro posea capacidad para beneficiarse del acrecimiento: y como aquel requisito está fuera del sujeto y éste se refiere a la persona a quien acrece la porción vacante, para comodidad de la exposición puede nombrarse al uno *requisito objetivo* y al otro *requisito subjetivo* del acrecimiento. La naturaleza del derecho de usufructo nos lleva a estudiar ambos a la luz de principios distintos de los que se aplican al legado de propiedad.

Respecto al requisito objetivo, recordemos que la caducidad de una vocación se da siempre que en el momento de la delación haya premuerto o sea incapaz el colegatario, mientras que en los legados de propiedad se admite la representación del colegatario en la sucesión de sus ascendientes y hermanos (1); pero sobre todo, es de notar que, a virtud de lo dispuesto en el artículo 885, se *equipara a la caducidad de la vocación la falta o inexistencia posterior a la adquisición*, principio tomado del Derecho romano, y cuya razón de ser he expuesto en páginas anteriores (2). El que lega la propiedad, concede al legatario un beneficio patrimonial a expensas del gravado; el que lega un usufructo atribuye una ventaja patrimonial en perjuicio del propietario. La medida de este beneficio nos la da, para la propiedad, el valor de la cosa, y para el usufructo, el valor de la cosa

(1) V. *supra*, págs. 239 y ss.
(2) V. *supra*, págs. 80-81.

puesto en relación con la duración del propio usufructo. Legada a varias personas la propiedad de la misma cosa, mediante la concurrencia o la falta de alguno de los legatarios, se configuran diversamente sus respectivas posiciones patrimoniales; pero la posición patrimonial del conjunto de legatarios frente al gravado es siempre la misma, porque la propiedad es de duración indefinida, y una vez que se constituye continúa su marcha, y queda sustraída definitivamente al con ella gravado, sea quien sea el que luego la reciba. Si al legarse a muchas personas el mismo usufructo, la concurrencia o falta de ellas en el momento de la adquisición hubiera igualmente de producir su atribución definitiva, ello influiría sobre la misma relación patrimonial con el propietario, porque al depender de la adquisición por uno u otro la duración distinta del derecho, y estando el usufructo destinado a reunirse con la propiedad, según la diversidad de los concurrentes, se mediría de un modo distinto la ventaja patrimonial asegurada a los legatarios del usufructo considerados en conjunto frente al propietario. Para lograr por completo el propósito económico que guía la constitución del usufructo, cuando están llamadas a él solidariamente varias personas, y éstas al concurrir lo distribuyen entre sí, conviene que, al irse extinguiendo el derecho de los diferentes individuos, no se reintegre a la propiedad, sino que se invista de él a quien lo haga durar mayor tiempo separado de la propiedad. *El usufructo se defiere a los colegatarios de una vez, pero pueden irlo adquiriendo parcialmente y en momentos distintos y sucesivos* (1).

Establecido el principio, ya no es difícil aplicarlo. Cuando uno

(1) Los esfuerzos hechos para explicar el principio del artículo 885 no bastan para que pueda aplicarse a los casos que no estén comprendidos en él, porque constituye una excepción a la regla de que el acrecimiento subsigue a la caducidad de toda vocación. Y por ello es corriente la opinión de que no puede aplicarse bajo el imperio del Código francés. V. PROUDHON, *Us.*, II, 675; MERLIN, *Rép.*, v. *Usufruit*, § 5, n. 1; TOULLIER, V, n. 699; DEMOLOMBE, *Don. et test.*, t. V, nn. 388 y 389; AUBRY Y RAU, § 726, n. 52; esto no obstante, siguen la opinión opuesta autorizados escritores, como TROPLONG, *Disp. test.*, n. 2.184; MARCADÉ, ad a. 1.044, n. 5, y esto no justifica, mas explica, el que algunas sentencias hayan declarado que el artículo 885 interpreta, pero no innova el Derecho anterior, y que por ello hay que reconocer dentro del Código italiano el acrecimiento ulterior de un usufructo constituído cuando regían las leyes civiles del Estado de Nápoles, que en esta materia seguían también fielmente al Código francés: Apel. Catanzaro, 23 Marzo 1888, *Gravina*, 1889, 181; Apel. Aquila, 3 Julio 1888, *Foro Abruzzese*, 1889, 114.

de los favorecidos desaparece después de la adquisición, los colegatarios llamados conjunta o disyuntivamente al mismo usufructo pueden adquirir las cuotas vacantes de él; pueden adquirirlas los llamados a la misma parte de usufructo, aun cuando algunos estén llamados sólo a recoger parte y otros la totalidad; pueden adquirirlas los llamados al usufructo de una totalidad o de un cierto género de cosas, que concurran con los llamados al usufructo de cosa singular o de una especie de ellas, si bien cuando éstos concurran excluyen a los primeros de participar en el usufructo que se les ha atribuído.

Si el legatario de propiedad es llamado solidariamente con una disposición expresa al usufructo legado a otro, se tiende a constituir un derecho cuyas posibilidades no se agotan si no permanece en aquel de los beneficiarios que por mayor espacio de tiempo sea capaz de conservarlo. Y si el legatario de la propiedad muere después de adquirir el legado, se integra el usufructo adquirido por el otro legatario con la cuota de que disfrutaba el primero (1). Si no hay expresa vocación del propietario al usufructo, éste está constituído en consideración solamente al segundo legatario y no hay establecida preponderancia en favor del usufructo sobre la propiedad; por eso cuando el segundo de los llamados falta con anterioridad a la adquisición, se origina el acrecimiento del legado de propiedad; pero la caducidad o deficiencia posterior a la adquisición extingue el usufructo, que se reintegra a la propiedad; claro está que no ejerce influjo alguno la premoriencia del propietario respecto al usufructuario. Y de un modo análogo, si el usufructuario universal es llamado con una disposición expresa al usufructo de cosa legada en propiedad y el usufructuario premuere al legatario de la

(1) Y por eso, en el caso contrario de la premoriencia del legatario de usufructo al de la propiedad, dice ULPIANO (3, § 2, D. *De us. adcr.*, VII, 2): *magis jure adcrescendi ad alterum pertinet quam redit ad proprietatem*. Parece, de un pasaje mutilado (83) de los *Fragmenta Vaticana*, que JULIANO excluyese el acrecimiento a favor del usufructuario de la parte de usufructo adquirida por el propietario, y aunque no con mucha claridad, esta opinión aparece en otro texto de JUL., 4, D. *De us. adcr.* VII, 2. FERRINI *(Legati e fedec.*, ps. 680 y 681) no da el significado que tiene en esta ley la frase *unus triens proprietati miscebitur* y dice ha desaparecido del Digesto toda huella de la opinión de JULIANO. El T. de Apel. de Nápoles, 31 de Mayo de 1875 *(Legge*, 1875, 1, 553), rechaza también el acrecimiento en favor del usufructuario a la muerte del propietario llamado con él solidariamente. Cons. ZEULI en la *Gazz. procurat.*, XV, p. 481.

propiedad, el pleno dominio se consolida; si premuere el legatario de la propiedad al usufructuario, éste adquiere, durante toda su vida, la parte de usufructo que correspondía a aquél. Si, por el contrario, falta la vocación expresa al usufructo de cosas singulares, el usufructo universal acrece con el usufructo de las cosas singulares cuando no concurre el legatario de la propiedad; pero si concurre éste, adquiere la plena propiedad de las cosas y excluye definitivamente el usufructo universal; y si premuere al usufructuario, éste no amplía el usufructo a las cosas singulares que aquél hubiera ido recobrando. Lo que en este caso procede es la preponderancia del usufructo universal sobre el derecho reservado a los herederos, y paralelamente, la preponderancia del legado de propiedad sobre el derecho de los herederos, no la primacía del usufructo sobre el legado de propiedad.

Cuando a uno de los colegatarios se deja el usufructo bajo condición resolutoria, o hasta un determinado tiempo, hay siempre un solo derecho de usufructo, aun cuando para uno de los llamados esté predeterminada la duración del disfrute; como hay un solo usufructo también cuando falta la determinación temporal, aun cuando sea distinta la duración para los diversos legatarios. De suerte que el disfrute por el legatario del usufructo vitalicio se completará con el restante, tanto si no lo recoge a tiempo el legatario del usufructo, como si incide en alguno de los casos de caducidad después de haberlo recogido, y de todas suertes, después de llegado el plazo asignado; si el legatario del usufructo vitalicio desaparece antes o después de haberlo aceptado, lo recogerá el otro legatario por todo el tiempo que le corresponda.

Pero esto ocurre únicamente cuando se llame al disfrute a otros para todo el tiempo en que deba disfrutar el legatario del usufructo a término. Si se dice: «lego el usufructo de mis fundos a Ticio y a Caya, hasta que Caya sea mayor de edad o se case», no hay distribución de partes; se deja a Ticio el usufructo íntegro por toda su vida; la concurrencia de Caya podrá impedirle disfrutar de él completamente por un cierto tiempo; pero si este impedimento no se da o si cesa, debe disfrutar enteramente de la cosa. Del mismo modo, y durante su menor edad, se deja a Caya el usufructo entero, y lo disfrutará por todo ese tiempo cuando no concurra Ticio. Si, a la inversa, se ordena el disfrute en períodos de tiempo separados, no hay un solo derecho de usufructo, sino tantos como sean los períodos de disfrute; así, p. ej., «lego a Ticio por tres años el usufructo de mis fundos, y por otros tres años lo dejo a Cayo»;

muera o renuncie Ticio, no modifica el derecho de Cayo, porque la extensión de él se ha fijado independientemente de la concurrencia de Ticio (1).

Según una decisión del Digesto (2), tampoco al usufructo de los herederos sobre una cosa legada a otro en nuda propiedad se le reconoce carácter solidario: esta decisión significa únicamente que el derecho de acrecer que se da entre herederos instituídos (aun no atribuyéndoseles partes diferentes en la herencia), por la necesidad jurídica de excluir a los herederos legítimos, no implica que, faltando uno después de adir la herencia, puedan los otros consolidar el usufructo de que participaban, como ocurre con aquellos que por voluntad del disponente son llamados a recibir junto con otros el usufructo completo. Se explica perfectamente que si antes de adir falta alguno de los herederos, se devuelva a sus coherederos la parte de usufructo comprendida en su porción hereditaria (3). Pero cuando se trata de herederos instituídos conjuntamente, a los cuales, no por ficción jurídica, sino por voluntad del propio testador les está atribuída potencialmente toda la herencia o toda una parte de ella, y a los cuales, por consiguiente, acrece — con preferencia a otros herederos — la porción que correspondería a los conjuntos, no veo la razón de que se le sustraiga, para unirla a la nuda propiedad, aquella parte de usufructo correspondiente al heredero que vaque después de la adición. No se le atribuye el usufructo conforme a su porción hereditaria, porque precisamente no se le ha atribuído una porción, sino solidariamente el as hereditario o toda una parte de él (4). Y, sin embargo, en el Derecho vigente, donde no hay derecho de acrecer entre los herederos sino cuando aparecen reunidos por el testador en un llamamiento único, se benefician siempre del usufructo sobre cosas legadas en nuda propiedad, en defecto de coherederos, en igual forma que se benefician al faltar los colegatarios.

---

(1) PAPIN., 2 pr., § 2 D. *Quibus modis*, VII, 4. V. además *infra*, n. 138, respecto a la posibilidad de este ordenamiento de usufructo en determinados períodos sucesivos o alternativos.

(2) ULPIANO, 1, § 4; AFR., 2; ULP., 3, pr. D. *De us. adcr.*, VII, 2.

(3) VANGEROW, § 554, I, 2.

(4) En la l. 1 citada no está presupuesta la conjunción entre herederos, y en la l. 3 está reconocido el derecho de acrecer, no en beneficio únicamente de los legatarios del usufructo, sino de todos los que están a él llamados solidariamente.

134. El principio del artículo 855 está informado en vista del caso más importante de falta posterior a la adquisición: se pregunta si habrá lugar al acrecimiento cuando el colegatario no muera, pero por otra causa pierda el usufructo. No hay que sujetarse estrictamente a la letra de la ley, y reconocer sólo en los *supérstites* el derecho a acrecer, porque además de la tradición romana, que enumeraba entre los casos de deficiencia la *capitis deminutio* y la *amissio* del usufructo por el no uso, así resulta evidente por la necesidad de aplicar la misma regla a un caso, al menos, en que los derechos de los colegatarios tienen fundamento idéntico, que cuando la disposición testamentaria prevea, con respecto a uno de los llamados, la extinción del usufructo para época distinta de su muerte. Si una de las vocaciones está sujeta a término extintivo o a condición resolutoria, y sobreviene la falta del llamado (al llegar el término o realizarse la condición), no hay motivo para aplazar hasta el momento de su muerte, cosa que no importa para el caso, el derecho de los llamados conjuntamente a recibir el usufructo íntegro (1).

Naturalmente que no hay cuestión cuando la cosa perece y produce así la extinción del usufructo para todos aquellos a quienes pudiera estar atribuído; otro tanto ocurre cuando se resuelve el derecho del disponente, que arrastra como es natural la resolución de todos los llamamientos; y por último, se resuelve igualmente el derecho de todos los llamados cuando se cumple la condición común impuesta a todos. En cambio, cuando el colegatario adquiere la propiedad, no pierde sino que consolida el usufructo; deja entonces de ser un derecho disgregado de la propiedad, aun cuando puede separarse de ella de nuevo y acrecer a los colegatarios si el adquirente de la propiedad les premuere. Tampoco hay cuestión cuando el colegatario cede su derecho de usufructo; porque si bien respecto a él, por la cesión queda privado de su derecho, no se produce la vacante de su porción, sino que lo que ocurre es que otra persona viene a sustituirlo en la cantidad y calidad de derecho que le correspondía. Finalmente, tampoco se suscita problema cuando el colegatario renuncia al usufructo en favor del nudo propietario, renuncia que no difiere de la cesión y constituye un acto dispositivo mediante el que el renunciante excluye a los colegatarios, como

(1) Si el usufructuario muere antes de llegar el término, el usufructo se extingue y se consolida el pleno dominio. (Apel. Catanzaro, 15 de Febrero de 1872, *Giur. it.*, 1872, 2, 79); y si hay colegatarios, acrece a éstos.

les excluye mientras goza él mismo del usufructo, o cuando dispone de él en favor de un tercero; como en el caso de consolidación, es transitoria la unión con la nuda propiedad, y cuando el renunciante muere, los colegatarios que le sobreviven aumentan su parte con aquélla.

Tampoco hay falta que origine acrecimiento cuando el usufructo cesa a virtud de un fallo judicial fundado en los abusos cometidos por el usufructuario. Esta forma de extinguirse el usufructo constituye la apelación al último recurso a que el propietario puede acudir cuando no ha sido posible en otra forma conciliar sus derechos con los del usufructuario; no puede dar lugar al acrecimiento, porque equivaldría a privar al propietario de aquella compensación que le ha concedido la ley por el menoscabo sufrido a causa de dichos abusos. Es una extinción que ha provocado él, y que no ha podido serlo más que en su propio interés, y no hay razón alguna para anticipar el derecho de acrecer de los colegatarios, que sigue, naturalmente, en pie cuando ellos sobreviven al usufructuario privado de él, y por todo el tiempo que siga a su muerte, como en el caso de la consolidación o de la cesión (1).

Por el contrario, cuando se trate de la renuncia simple que haga el legatario, empujado por el deseo de liberarse de las cargas del usufructo, o por otro motivo cualquiera, con la cual renuncia se haya buscado exclusivamente el efecto jurídico de prescindir del derecho de usufructo (y no, además, la transmisión a otros de los beneficios y cargas que sean inherentes a él), ninguna necesidad jurídica exige el traspaso al propietario mientras haya colegatarios investidos de la facultad de incorporar ese usufructo vacante a sus porciones respectivas, como deben hacerlo inmediatamente (2).

El caso que presenta alguna dificultad es el de pérdida del usufructo por el no uso. A primera vista puede parecer que, como precepto de orden público, la liberación de la propiedad de las cargas de usufructo por el no uso durante treinta años (disposición que ya hemos dicho no puede atacarse indirectamente repitiendo de modo condicional el legado), tampoco debe eludirse mediante el llamamiento de los otros legatarios. Pero éstos no mantienen rela-

(1) PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, t. VII, n. 90. Si no tienen un derecho propio, con menor motivo pueden oponerse a la reunión del usufructo con la propiedad, como los acreedores del colegatario, porque no son causahabientes de él.

(2) PACIFICI-MAZZONI, *eod.*

ción jurídica alguna entre sí, aunque los enlace un vínculo idéntico con el disponente y con el propietario; no se representan unos a otros tampoco, y, además, los actos u omisiones de uno no pueden perjudicar el derecho de los demás. Si ocurrió eficazmente el llamamiento del primero, el derecho de los demás a la parte de usufructo recogida por él no nace hasta después de haber desaparecido él mismo, y la prescripción de la demanda para obtener dicha parte no comienza hasta el momento en que pudieron ejercitarla. Si luego de perder el usufructo por no usarlo, este primer llamado premuere a los demás, es un caso de aplicación literal del artículo 885, y, por tanto, hay que reconocer a éstos el derecho a adquirir por título de acrecer la porción vacante. De modo que la pérdida del usufructo por desuso no puede ser jamás definitiva si hay varios llamados al mismo usufructo, y con ello desaparece la especiosa objeción que impide a alguno reconocer en los colegatarios el derecho a aumentar su parte tan pronto como transcurre el tiempo necesario de desuso para que llegue a perderse aquél.

135. La especialidad del requisito subjetivo, o sea de la capacidad para disfrutar del acrecimiento, corre parejas con las particularidades que también en los legados de usufructo ofrece lo que hube de llamar requisito objetivo de dicho derecho. En el legado conjunto de propiedad, para que se pueda disfrutar de los beneficios del acrecimiento, basta que el colegatario o los descendientes que lo representen en la sucesión del ascendiente o del hermano, sea capaz de adquirir cuando se abra la sucesión o cumpla la condición puesta al llamamiento para que disfruten del derecho de acrecer; y si premueren al hecho que determina en un momento posterior la falta de los colegatarios, transmiten a sus herederos el derecho a conservar a título de acrecimiento la parte no recogida por éstos. En el legado conjunto de usufructo se excluye en primer lugar la representación de los llamados, y además no basta que sea eficaz la vocación; es necesario, asimismo, que el llamado sobreviva al momento en que se realiza la posibilidad de acrecer (1), porque el dere-

(1) En Derecho romano también la *capitis deminutio* (en el Derecho justinianeo sólo la *maxima* y la *media*) que ocurre entre la delación del legado y la determinación de la falta de los colegatarios, impide el acrecimiento del usufructo. Cons. BELLONI, *De jure adcrescendi*, c. VII, q. 74, nn. 61 y sigs.; FERRINI, *Legati e fedecommessi*, p. 675. La tesis contraria, sostenida ya por DONELO (*C. j. civ.*, l. X, c. 23, n. 12) ha sido reproducida por otros, entre ellos, ELVERS, *d. röm. Servitutenl.*, p. 732.

cho de adquirir el legado no se transmite a los herederos, y, por lo tanto, tampoco el derecho de acrecer, que es parte integrante de él. Como el derecho de usufructo es inherente a la persona, así lo es también el derecho de acrecer el usufructo: el derecho que, una vez adquirido, no puede ser conservado por los herederos, tampoco puede adquirirse cuando solamente se trata de deferirlo, que es lo que significa principalmente el aforismo *ususfructus personæ, non portioni adcrescit* (1), que ha originado la distinción entre derecho personal y derecho (subjetivamente) real de acrecer (2). La eficacia de la vocación y consiguiente adquisición de una parte, es bastante fundamento para que se integre el legado conjunto de propiedad, pero no es fundamento bastante para integrar el legado de usufructo.

La posibilidad de aprovecharse del acrecimiento no está subordinada, en cambio, a la conservación de la porción adquirida por el colegatario del usufructo hasta el momento en que quede vacante la parte de los demás. Este principio se cree también que está contenido de un modo expreso en el aforismo citado, y constituye una particularidad del legado de usufructo; *no ya porque, al contrario, el acrecimiento del legado de propiedad presuponga, después de la adquisición, la conservación de la parte adquirida, sino porque en el legado de propiedad no es posible tampoco que la pérdida de una sola parte preceda al acrecimiento.* En el legado conjunto de pro-

---

(1) PAP., 33, § 1 D. *De us.*, VII, 1; ULPIANO, 10 D. *De us. adcr.*, VII 2; PAULO, 14, § 1 D. *De exc. rei judic.*, XLIV, 2.

(2) BELLONI, *De jure adcrescendi*, c. 4. q. 1; c. 5, q. 40, nn. 4 y sigs., nn. 27 y sigs.; c. 7, q. 59, n. 13, nn. 103 y sigs.; q. 62, nn. 4 y sigs.; q. 74, n. 1, nn. 28 y sigs. La personalidad del derecho de acrecer en materia de usufructo, además de estarlo con la intransmisibilidad a los herederos, estaba enlazada con la admisión del acrecimiento después de la adquisición (de lo cual hemos hablado en los números anteriores), y con la del acrecimiento en favor del que perdió su porción (de que hablamos ahora); este es el sentido también de la regla consagrada en los textos romanos (JUL., ap. ULPIANO, 1, § 1 D. *De us. adcr.*, VII, 2) de que legado el usufructo al esclavo común, si renuncia a él uno de los propietarios, debe ceder la totalidad en beneficio del otro. Falta aquí, en realidad, la vocación solidaria, porque no se llama a los propietarios del esclavo a adquirir el usufructo mediante él por partes iguales, sino según la participación que tienen en la propiedad del esclavo. Pero como este usufructo, aunque lo adquieran formalmente los propietarios, se lega en consideración al esclavo, debe entenderse para qué se ordenara que en daño de éste no pueda ser perdido en parte hasta que haya quien jurídicamente pueda recibirlo.

piedad no ocurren dos adquisiciones distintas en cuanto al tiempo, porque, o concurre el segundo (y no puede recibir el primero más que su parte), o no concurre el segundo (y el primero es quien adquiere todo el legado en un solo acto). Si uno de los llamamientos está en suspenso mediante una condición, tenemos para los dos llamamientos dos delaciones distintas; pero para cada una de las vocaciones, siempre, no sólo una única delación, sino una sola y única adquisición. A la apertura de la sucesión, adquiere todo el legado el llamado puramente, a reserva de la ulterior resolución parcial de su adquisición, y salvo el paso de la correspondiente parte al otro llamado, cuando la condición se cumple. En cambio, en el legado conjunto de usufructo, puede intervenir el acrecimiento en momento distinto del de la delación y de la adquisición primera, y conviene notar aquí que esta segunda adquisición es independiente de que persistan o no los efectos de la primera.

Debemos precavernos, además, contra dos interpretaciones erróneas de este principio: una, que sin vacilar considera la segunda adquisición como independiente de la primera, no por la persistencia de los efectos de ésta, sino a causa de que la renuncia misma a la primera adquisición deja intacta la facultad del llamado para adquirir la porción vacante del colegatario: ha de rechazarse resueltamente esta doctrina; en el legado de usufructo conjunto, según hemos dicho, hay una vocación solidaria que origina una delación única (1). La renuncia a la adquisición motiva la ineficacia total del llamamiento respecto al renunciante, y lo priva de la posibilidad de adquirir la parte de los colegatarios (2).

Es asimismo erróneo afirmar, en tesis general, que quien pierde su primitiva parte de usufructo conserva siempre capacidad para disfrutar del acrecimiento. Cierto que en el Digesto se afirma como posible, aunque no normalmente, que la parte de los colegatarios acrezca al que perdió la suya (3). Para aclarar este punto, hay que

(1) En el Derecho romano ocurría lo mismo si no había constitución de usufructo en períodos distintos de tiempo; había adquisición independiente en tiempos sucesivos cuando existía multiplicidad de vocaciones, y, por consiguiente, de delaciones, en el *ususfructus in annos* y en el *ususfructus repetitus*.

(2) *Contra:* DONELO, *C. j. civ.*, l. X, c. 23, n. 12.

(3) *Interdum*, dice ULPIANO, en la l. 10 D. *De us. adcr.*, VII, 2, *pars ususfructus et non habenti partem suam, sed amittenti adcrescit.* La discutida interpretación del caso resuelto en este fragmento no influye en la cuestión que nos ocupa. V., a propósito de esto, GLÜCK, t. IX, p. 291; VANGEROW, § 554;

distinguir de nuevo las diferentes causas por que puede perderse la parte adquirida. Dejemos a un lado que la vocación se extingue desde luego (e impide obtener beneficio de la subsiguiente deficiencia del colegatario para adquirir la parte vacante) por la resolución del derecho del disponente, por el término extintivo, por la condición resolutoria y por la muerte del llamado. Y, por otro lado, está fuera de duda también que si el usufructo se extingue porque perezca completamente la parte de cosa adquirida, subsiste, sin embargo, el llamamiento, y, por lo tanto, la posibilidad de acrecer. No cabe duda tampoco que la consolidación del usufructo o la adquisición que el legatario haya hecho de la nuda propiedad, aunque extingue o transitoriamente hace cesar el usufructo como derecho en sí, no influye sobre el llamamiento respecto a la parte que quede vacante (1). Igualmente aparece claro que la cesión o la renuncia traslativa del usufructo no priva al cedente de su carácter de legatario, y, por consiguiente, no le arrebata el derecho de acrecer. Cierto que la cesión y la renuncia traslativa pueden comprender el derecho actual y el derecho potencial de acrecer; pero si el acrecimiento se transmite en beneficio del cesionario o del dueño, siempre ocurre ello por medio del cedente o del renunciante. Más insegura aparece la capacidad de acrecer del legatario que, después de la aceptación, haya realizado una renuncia «abdicatoria», o pierda su derecho por desuso, o sea privado de él a consecuencia de los abusos que haya podido cometer. A mi juicio, sin embargo, en todos estos casos lo conserva también. A lo que renuncia, lo que pierde por el desuso, de lo que se le priva en castigo a su conducta abusiva, es del derecho actualmente adquirido, no del que ya le fué diferido y que le impidió adquirir el concurso de los colegatarios; el castigo del abuso no puede recaer más que sobre el pasado; la propiedad no puede liberarse del usufructo por desuso del mismo mientras el uso de los colegatarios haya conservado aquel derecho; y respecto a la renuncia que, como hemos visto, no cede en beneficio del propietario, menos puede autorizar a éste para beneficiarse de la falta posterior de los colegatarios. A estas razones rigurosamente lógico-jurídicas vienen a agregarse consideraciones de conveniencia. Entre otras, es posible que el legatario a quien parezca oneroso el usu-

---

ELVERS, p. 733; RUGGIERI, *Diritto d'accrescere*, § 64 (seguido por SERAFIN, en el *Archiv. giurid.*, t. XIV, p. 45); DE CILLIS, *Diritto d'accrescere*, § 32, en el *Archiv. giurid.*, t. XXIII, p. 107; FERRINI, *Legati e fedecomm.*, p. 670.

(1) Cas. Turín, 2 de Julio de 1890, *Annali*, 1890, 1, 411.

fructo de su parte, lo renuncie, o lo ceda, o use de él en mala forma, pero halle interés en apropiarse aquella parte de que le privara la concurrencia de colegatarios.

No puede constituir causa específica de pérdida del usufructo la sentencia que priva de su parte al legatario; porque dicha sentencia no crea, sino que sólo reconoce relaciones jurídicas, y la condena del legatario le priva o le conserva la capacidad de acrecer según la naturaleza distinta de la relación que sirva de fundamento a aquélla (1).

Resumiendo el doble análisis hecho en este número y en el anterior, nos encontramos con el siguiente resultado: que la resolución del derecho del concedente y la resolución de las dos vocacio-

(1) JUL., según PAP., 33, § 1, D. *De us.*, VII, 1, afirma que al colegatario cuya demanda reivindicatoria de parte de la propiedad, haya sido rechazada, puede oponérsele la excepción de cosa juzgada cuando aquél pida el acrecimiento; pero no ocurre lo mismo si era una demanda de reivindicación parcial del usufructo. La primera parte puede admitirse hoy mismo, según nuestro Derecho. Si se rechazó la reivindicación de la propiedad, esto quiere decir, o que es ineficaz el llamamiento mismo, o que la vocación fué eficaz, pero que el llamado perdió la parte recibida; el acrecimiento no puede realizarse en momento distinto de la primera adquisición; y pedirlo después, no es más que reproducir el ejercicio de una acción ya rechazada. Si lo que se desestimó fué la reivindicación de parte del usufructo, puede ser reproducida, o bien porque el llamamiento mismo haya sido juzgado ineficaz, o porque se haya perdido la parte recibida. Pedir el acrecimiento en el segundo caso, es posible; porque se trata de una nueva adquisición, independiente de la conservación del primero; en el primer caso, no, porque la ineficacia del llamamiento excluye la primera adquisición y cualquiera otra posterior. Por eso, si declara ineficaz el llamamiento el primer fallo, el Derecho vigente ve en ello un obstáculo que se alza contra un segundo juicio. JUL. niega resueltamente el influjo de la resolución primera, o porque supone que el primer juicio no versa sobre la ineficacia del llamamiento — como WINDSCHEID, *d. Actio*, pág. 99 —, o porque, de todas suertes, la segunda demanda es distinta de la primitiva, y, aunque la absolución de ésta pueda implicar la resolución de aquel vínculo jurídico que constituye el fundamento de la segunda, la excepción de cosa juzgada no era, en su función originaria, obstáculo a un fallo contradictorio de otro anterior (excepción de cosa juzgada en función positiva), sino únicamente a que se resolviera una cuestión fallada anteriormente (excepción de cosa juzgada en la llamada función negativa). Conforme a estas consideraciones, en la aludida cuestión de propiedad se trata también de la función negativa de la excepción de cosa juzgada. En tal sentido, y en armonía con la teoría de la consumación de la litis, BEKKER, *d. Actionen d. röm. Privatr.*, t. I, Apénd. H, VI, quien, por otra parte, explica muy vagamente el fragmento. *Contra:* WINDSCHEID, *d. Actio*, loc. cit.

nes, como ocasionan la pérdida de su parte al primer legatario, impiden que acrezca el segundo, y privan al primero de la capacidad de acrecer; que la pérdida de la cosa, la renuncia traslativa, la cesión, la consolidación, la privación por abuso, excluyen igualmente el acrecimiento del segundo legatario, pero reservan la capacidad de acrecer del primero; la muerte, el término extintivo, la resolución del primer llamamiento, originan, en favor del segundo legatario, el derecho de acrecer, en tanto que el primero pierde ese derecho juntamente con el legado; la renuncia abdicatoria — siempre que ella subsiga a la aceptación — y el no uso durante treinta años, confieren al segundo legatario el derecho de acrecer, y, a su vez, al que pierde el usufructo, se le reserva la posibilidad de acrecer. La deducción rigurosa, en estos dos últimos casos, lleva al resultado, aparentemente paradójico, de que el que pierde el usufructo puede llegar a readquirir esa porción mediante el derecho de acrecer (1). Bien mirado, hay una singularidad más grande en la doctrina contraria, que obliga a distinguir en el mismo usufructo completado por el segundo colegatario la parte que ha perdido el primero, para sustraerla al acrecimiento. FERRINI no sabe por qué causa haya de favorecerse menos al llamado solo a la totalidad, que a los que se llama conjuntamente. La causa de ello consiste en que la presencia o actividad de los llamados conjuntamente, posibilita, frente al propietario, la conservación del usufructo, aun cuando uno de los legatarios conjuntos renuncie o cese en su disfrute (2).

136. Al llamar a varias personas solidariamente a un mismo usufructo, se establece, según queda demostrado en números anteriores, la comunidad en el goce mientras concurran todos los llamados, y la sucesión en el disfrute después que fallezca uno de los concurrentes y en beneficio de los que le sobrevivan. Prohibe el artículo 901 del Código (a) disponer la transmisión sin una comuni-

(1) Esta es la tesis que sostiene con mucha sagacidad SCHLAYER, *Arch. f. civ. Pr.*, t. LI, p. 18, y seguida por WINDSCHEID, § 645, n. 4, que, con una nueva interpretación, remueve el aparente fundamento que cree hallar la tesis contraria en el oscuro pasaje de ULPIANO, 3, § 2, D. *Quibus modis*, VIII, 4. Lo contrario constituye la opinión dominante, sobre la cual puede verse VANGEROW, § 554, III; FERRINI, ps. 671 y sigs. y los autores allí citados.

(2) Por lo demás, el Derecho romano acudía al expediente de la *repetitio ususfructus* únicamente para defender del perjuicio de la pérdida al llamado.

(a) [No hay prohibición semejante en el Cód. esp., que autoriza el usufructo sucesivo en los arts. 469 y 787.]

dad anterior en el goce, esto es, que pueda constituirse el usufructo a favor de varias personas, una tras otra, de suerte que el primero excluya a los demás durante el ejercicio de su derecho y que entren a disfrutarlo y sea posible la adquisición de los otros luego que cese el primero (1).

De las consideraciones expuestas en el número 18, al examinar las limitaciones temporales del usufructo en los diversos sistemas legislativos, ya aparecía que éste era el significado y el valor que debía atribuirse al artículo 901. Desorientados por un precepto que no encuentra semejante en el Cód. francés, ni precedentes en el Derecho romano, algunos escritores tratan de privarle de esta significación; pero, en realidad, lo que hacen es negarle todo valor: y en sustancia, reproducen los argumentos de la doctrina francesa y niegan que el legado de usufructo hecho a varias personas sucesivamente caiga bajo la prohibición de las sustituciones fideicomisarias. En el legado de usufructo a Ticio, para después que muera Cayo, no existe una sustitución prohibida, porque el usufructo de Ticio ha de extinguirse necesariamente a su muerte y no puede estar encargado de restituir lo que no existe; por lo tanto, Cayo está investido directamente por el testador de un derecho real de usufructo, distinto del otro, y provisto de una acción para pedir al heredero que le posesione del mismo. No existe con Ticio un vínculo jurídico de transmisión, ni tiene, con respecto a él, un derecho de crédito. Cosa diferente sería un legado a Cayo si se hubiera subordinado a la condición de que sobreviva a Ticio, cosa de perfecta validez conforme a la ley, que autoriza la imposición de condiciones en los actos de última voluntad (art. 848) (a), y constituir el usufructo a término o bajo condición (art. 478) (b). Nadie puede negar la eficacia completa (2) de un legado de usufructo que esté en suspenso hasta la muerte de otra persona, y no hay por qué declararlo inefi-

(1) En cambio, no hay dificultad en disponer la comunidad en el goce y excluir la transmisión, o sea, modificar la vocación solidaria conjunta en forma que se excluya a los supérstites del derecho de alcanzar, mediante acrecimiento, la parte ya adquirida por los colegatarios, y se establezca parcialmente la consolidación con la propiedad, a medida que vayan faltando los llamados solidariamente y que adquirieron por partes también.

(a) [Art. 790 del Cód. esp.]

(b) [Art. 469 del Cód. esp.]

(2) No ocurriría así cuando esta otra persona estuviera investida de la plena propiedad de los bienes cuyo usufructo es legado. En este caso no habría usufructo sucesivo, sino una clarísima sustitución fideicomisaria; porque el

caz cuando esa otra persona esté investida, mientras vive, del usufructo de la cosa misma. Con el ordenamiento de varios legados sucesivos de usufructo no se priva al propietario de su disfrute por más tiempo del que se le hubiera privado con ordenar a la apertura de la sucesión un legado único en favor del último de los llamados (1). Hay que agregar a estas razones otra, derivada del trato que da la ley al legado de usufructo conjunto, y que constituye también una innovación respecto al Código francés, pero innovavación con la que se vuelve a los principios del Derecho romano. Si dos legatarios llamados conjuntamente concurren y cada uno recibe una parte del as hereditario, por derecho de acrecer adquiere el supérstite la parte del otro: ¿por qué no ha de atribuirse del mismo modo el usufructo adquirido por uno a la persona que, viviendo éste, no estaba llamada a participar de él?

¿Qué es lo que hemos de ver entonces en este artículo 901? Para PACIFICI-MAZZONI este artículo trata de impedir que el usufructo pueda ser gozado sucesivamente por personas incapaces de recibirlo simultáneamente (2); que es la misma explicación que da RICCI, para quien los que recogen directamente del testador son todos considerados como si les hubiera llamado desde un principio. Habría un segundo llamado sólo cuando estuviese ordenada la prolongación del derecho del primero más allá del término de su vida y fuese éste quien hubiera de restituirlo al incapaz de recibir del testador (3). Que no es tal el significado que la ley da a las palabras *llamado primeramente*, aparece claro de los artículos 896 y 897, en que están designados así el heredero y el legatario respecto al sustituto vulgar; pero esta interpretación del 901 no puede aceptarse por otra consideración decisiva: la de que no hay necesidad de disposición especial alguna para prohibir el legado de usufructo en favor de incapaces de recogerlo a la muerte del testador, porque se halla implícita en la prohibición de las sustituciones fideicomisarias,

---

segundo recibiría, no como un segundo llamado al usufructo, un derecho *distinto* del asignado al primero, sino un derecho *comprendido* en el atribuído al primero. PESCATORE, en el *Giorn. delle Leggi*, I, 116, y LOSANA, en el *Rolandino*, 1892, 131, sostienen que el artículo 901 no es aplicable a una disposición de esta clase; para mí no hay duda que cae bajo la prohibición del artículo 899.

(1) Cons. DEMOLOMBE, *Don. et test.*, t. I, n. 122; AUBRY y RAU, § 624, n. 5; PROUDHON, *Usufr.*, I, 440 y sigs.; SALVIAT, *Usufr.*, t. II, ps. 10 y sigs.

(2) *Distinzione dei beni*, etc., n. 325.

(3) *Dir. civ.*, t. II, nn. 127-129.

que consiste precisamente en declarar ineficaz toda disposición testamentaria por la cual se transmita a otra persona una liberalidad después de la muerte del beneficiado; y esta prohibición basta para aniquilar totalmente el intento de que llegue una liberalidad a quien era incapaz de recogerla en el momento de abrirse la sucesión. Aun cuando estuviese admitida la sustitución fideicomisaria, no bastaría ésta para posibilitar la trasmisión del usufructo al incapaz; puede éste recibir sucediendo al fiduciario, pero no se concibe la sucesión en el usufructo por causa de muerte sino donde esté autorizado un usufructo constituído en tal forma que no quede extinguido a la muerte del titular, o sea, cuando se constituya por tiempo que exceda de la duración de la vida del usufructuario (1). El llamamiento de quien es incapaz de recibir directamente del testador, únicamente es posible cuando esté reconocida la eficacia de la sustitución fideicomisaria; no es que sea necesario, una vez admitida ésta, admitir el llamamiento del incapaz al usufructo; pero prohibida la sustitución, surge, como consecuencia imprescindible, la imposibilidad de este llamamiento. Si no hubiese de servir más que para excluir al incapaz, sería perfectamente inútil también el ar-

(1) Y, sin embargo, creo que el principio excepcional del Cód. francés, que autoriza en algunos casos las sustituciones fideicomisarias, no es aplicable al derecho de usufructo, y que los hijos y hermanos del testador, que pueden estar encargados de devolver la propiedad a sus propios hijos no nacidos ni concebidos a la muerte del testador, e incapaces, por tanto, según el Código francés, para recibir de él directamente, no pueden estar encargados de restituir o devolver el usufructo constituído a su favor, y a su muerte necesariamente tiene que incorporarse a la nuda propiedad. En cambio, es posible la transmisión del usufructo por vía de sustitución y a favor del incapaz de suceder al disponente, en aquellos sistemas jurídicos que autorizan la constitución del usufructo con duración más que vitalicia (V. *supra*, n. 18). El Derecho romano no llegó a formular una teoría del usufructo ultravitalicio, que estaba en oposición con la naturaleza originaria del instituto, pero reconoció todas sus consecuencias prácticas. En el Digesto se afirma que la constitución de un usufructo en favor de una persona y sus herederos, equivale a constituir varios derechos distintos de usufructo (ULPIANO, 38, § 12 D. *De v. o.*, XLV, 1), y se reconoce que puede ser impuesto al legatario del usufructo el fideicomiso de la cosa misma en beneficio de otro y que la duración de este usufructo hay que atemperarla a la vida del fideicomisario (ULPIANO, 29, § 2, D. *Quibus modis*, VII, 4); y no había dificultad en suspender la eficacia del fideicomiso durante toda la vida del fiduciario. Como observa WINDSCHEID (§ 215, n. 7), considerar como múltiple el usufructo para una persona y para sus herederos, es una conciliación meramente formal con el principio de la duración vitalicia del usu-

tículo 901; de suerte que, de atribuirle algún valor, no hay más remedio que estimar prohibida por él la constitución sucesiva del usufructo aun en favor de aquellas personas a las cuales pudiera asignárseles simultáneamente; es decir, hay que considerar prohibida aquella disposición que no está precisamente incluída en la prohibición de la sustitución fideicomisaria (1).

137. La razón del art. 901 guarda indudable relación con la que hubo para proscribir las sustituciones fideicomisarias; de este modo podemos explicarnos la prohibición del *usufructo sucesivo impropio*, expresión que puede emplearse para diferenciar esta figura jurídica de la del verdadero *usufructo sucesivo*, o sea la sustitución fideicomisaria en materia de usufructo, aunque otros también emplean la denominación de *usufructo progresivo* para dar a entender que no contiene una sucesión de los llamados en que se reemplacen éstos los unos a los otros. No me parece exacto afirmar que el usufructo progresivo pudiera servir para eludir la prohibición de sustituciones fideicomisarias, y que «admitido el usufructo progresivo con validez para dos generaciones, se habría au-

---

fructo. Por lo demás, es indiferente que estimemos transmitido el mismo usufructo por el fiduciario o constituído otro usufructo directamente por el testador, si aceptamos, de conformidad con la doctrina dominante, que toda disposición a título particular puede hacerse a favor de los no nacidos ni concebidos al abrirse la sucesión. Si, por el contrario, estimamos que sólo en el fideicomiso de familia puede ser beneficiado el no concebido, no puede darse eficacia a la disposición que a favor de él atribuya el usufructo como derecho nuevo, sino que habría de suponerse decretada la prolongación del usufructo del fiduciario. V. acerca de la discusión señalada: ARNDTS, *Contin. delle Pandette* de GLÜCK (Trad. FERRINI) § 1.521 ad not. 70, 71.

(1) Juntamente con muchos errores de otra clase, sostienen que el artículo 901 permite la eficacia del usufructo y de la renta a que son llamadas sucesivamente varias personas capaces a la muerte del testador, el T. de Apel. de Nápoles, 8 Agosto 1879, *Giur. it.*, XXXII, 2, 64, y el de Cas. de Palermo, 24 Abril 1890, *Circ. giur.*, 1891, 133. Dan, en cambio, el alcance indicado en el texto a la prohibición del usufructo sucesivo, Apel. Palermo, 28 Diciembre 1869, *Annali*, V, 2, 332; Cas. Turín, 10 Julio 1872, *Annali*, VI, 1, 312; Apel. Nápoles, 17 Julio 1872, *Gazz. procur.*, VII, 525; Cas. Nápoles, 19 Junio 1874, *Giur. it.*, 1874, 1, 492; Trib. Roma, 26 Octubre 1887, *Temi rom.*, 1888, 425. Entre los escritores, el mismo PACIFICI-MAZZONI (*Success.*, t. III, n. 224), modifica sin que aduzca razón alguna y en obsequio a la doctrina dominante, la opinión que expuso en el volumen *Distinzione dei beni e usufrutto;* BORSARI, § 1.954; FILOMUSI GUELFI, en la magistral monografía *L'usufrut-*

torizado con ello la sustitución fideicomisaria de dos grados» (1).

Cierto que, como hemos demostrado en el párrafo anterior, con la constitución simple de usufructo se obtiene ya un efecto muy semejante al de la sustitución fideicomisaria de primer grado, y con la constitución del usufructo conjunto a favor de una persona y de los hijos que pueda tener, se separan durante dos generaciones el disfrute y la propiedad, y por todo este tiempo queda reducido a una simple expectativa el derecho del propietario, y no es mucho más útil que la que tendría un fideicomisario sustituto en segundo grado. No podría lograrse un efecto económico distinto de éste, ni aun en fraude a la prohibición de las sustituciones fideicomisarias, aunque estuviese permitida la constitución del usufructo sucesivo. Lo que ocurre es que esta prohibición, quitando a la forma jurídica del usufructo simple y conjunto la facultad de regir la suerte de los propios bienes después de la muerte, imposibilita predeterminar la división de la liberalidad en el tiempo entre una serie de llamamientos, y es un obstáculo al uso de aquella facultad. El no poder asegurar a los llamados más próximos un beneficio cierto frente a

---

to successivo e la sostituzione fedecommissaria (en la *Giur. it.*, XXX, 4, 17); CUTURI, *Fedecommessi e sostituzioni*, p. 114; LOSANA, en el *Rolandino*, 1892, 129, etc. Según los principios formulados en el número 130, no hay duda de la inexistencia del carácter de vocación solidaria cuando el testador mismo haya hecho la división del usufructo, por más que ordene expresamente el acrecimiento recíproco y declare que el fin de la división es evitar entre los colegatarios cuestiones y desavenencias. En este caso no hay atribución simultánea del mismo usufructo, sino atribución del usufructo sucesivo de partes de la misma cosa, y, por consiguiente, una disposición contraria a la prohibición del artículo 901 y que carece de eficacia salvo para el primer reparto; a medida que los llamados mueran, se va consolidando con la propiedad el usufructo. El Trib. de Apel. de Florencia, 19 de Diciembre de 1874 *(Annali*, 1875, 2, 60) y el de Cas. de Florencia, 8 de Julio de 1875 *(eod.*, 1875, 1, 480, ext. BORSARI) han resuelto lo contrario, refiriendo al usual «*directamente* según voluntad del testador», el fundamento del derecho de acrecer. Nuestros Tribunales han aplicado la teoría del acrecimiento de modo muy contrario a los principios, y se ha hecho uso de él para dar validez a una sustitución fideicomisaria recíproca de la herencia entera, como si pudiese haber acrecimiento de la herencia después de adquirida por partes (Apel. Catania, 16 de Diciembre de 1872, *Giur. tor.*, IX, 160); en cambio, el T. de Apel. de Casale, 9 de Diciembre de 1881, *Foro*, 1882, 1, 154, resuelve acertadamente que el usufructo de la mitad de un fundo a Ticio y de la mitad a Cayo con derecho de reversión al superviviente, no es usufructo conjunto, sino progresivo.

(1) FILOMUSI-GUELFI, ob. cit. en la nota anterior.

los más remotos, que al concurrir con ellos determinan el reparto, induce frecuentemente a renunciar a la aplazada separación entre usufructo y propiedad; y cuando esta separación la haga el disponente hasta el límite último que le está permitido, o sea hasta la muerte de los hijos futuros de persona viva a la apertura de la sucesión (1), como la atribución del usufructo varía según las vicisitudes de la concurrencia o falta de los llamados, no está ya sujeto el reparto al ámbito de la voluntad del testador.

Corresponden estas observaciones a las dudas suscitadas sobre el alcance del artículo 901, fundadas en los principios que forman la materia de la sustitución. Pero este artículo no contradice aquellos principios, como la misma prohibición de las sustituciones no contradice la facultad de señalar término y condiciones a los actos de última voluntad; lo que hace es modificar y ampliar las limitaciones a la facultad de testar que son consecuencia de aquella prohibición; como aquella prohibición, a su vez, lleva limitaciones a la facultad de señalar plazo a las disposiciones de última voluntad. Es un principio nuevo el que establece; un principio que no tiene otra fuente inmediata que el arbitrio legislativo, como todos cuantos no preexisten a la ley y que la ley sólo confiere.

138. De la analogía de fines entre la prohibición del usufructo progresivo y la de la sustitución fideicomisaria, sólo puede legítimamente hacerse una deducción, que resulta, además, del examen de su naturaleza y de las declaraciones de los que redactaron el Cód. Albertino (que, a su vez, lo tomaron del artículo 90 de las leyes civiles sardas de 1827) (2) y de su inserción bajo el epígrafe «De las sustituciones», es, a saber: la prohibición se aplica únicamente al ordenamiento de un segundo usufructo después de la muerte del primer usufructuario, no al ordenamiento de un segundo usufructo después del término preestablecido para la duración del primero (3). Será, por consiguiente, perfectamente válido el doble legado de usufructo por diez años a Ticio y después a Cayo, o

(1) También se ha pretendido que el usufructo legado a los hijos no nacidos carece de eficacia porque de hecho no pueden recibirlo a la muerte del testador. El T. de Apel. de Florencia, 6 de Abril de 1893 *(Annali*, 1893, 1, 339), ha rechazado con justicia esta arbitraria extensión de la prohibición contenida en el artículo 901.

(2) *Motivi del codice civile per gli stati sardi*, t. II, p. 105.

(3) PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. III, n. 225.

a Ticio mientras permanezca soltero o viudo y después a Cayo (1). Hará ineficaz al segundo legado únicamente aquel término tan remoto que haga presumir cómo en la mente del testador estuvo la idea de que la adquisición por el segundo no ocurriera hasta después de muerto el primero; y lo hará igualmente ineficaz, por las razones ampliamente desarrolladas en el párrafo anterior, la condición resolutoria del primer legado que no pueda realizarse sino después de muerto el primer legatario. No hay obstáculo jurídico alguno al ordenamiento del usufructo por períodos de tiempo alternativos, pues entonces ese ordenamiento contiene la constitución de tantos derechos distintos como períodos hay de disfrute, aun cuando también en esta forma pueda lograrse asignar a uno el exclusivo disfrute de los bienes luego que durante parte de su vida lo haya tenido exclusivamente otro, pero no después que los haya disfrutado exclusivamente toda su vida.

En cambio, debe rechazarse la conclusión que equipara los llamados en segundo lugar al usufructo a los sustitutos fideicomisarios, y que, por lo tanto, niega eficacia a su vocación cuando por cualquier motivo quede sin efecto el llamamiento de los primeros. El sustituto en el fideicomiso recibe los bienes del fiduciario, y esta recepción, y que llegasen a él después de pertenecer al fiduciario y conservarlos éste, era un elemento esencial para la actuación de la voluntad del disponente. Si fallecía el fiduciario, quedaba sin efecto esta disposición, aunque previendo tal eventualidad podía el testador unir otra disposición a la primera y asegurar los efectos del llamamiento del fideicomisario, independientemente de la vocación del fiduciario, con una sustitución vulgar de éste; y nada impedía que las dos distintas disposiciones estuvieran incluídas en una sola fórmula, que es a lo que BARTOLO dió el nombre de *substitutio compendiosa* o *breviloqua* (2). Privada de efectos por la ley la sustitución fideicomisaria, no por ello pierde validez la sustitución vulgar que se le haya asociado y esté comprendida en la misma disposición (3); pero es contrario tanto al espíritu de la dis-

(1) En el cual caso, si llega a morir el primer legatario antes del término, se anticipará el disfrute del segundo. Por otra parte, puede establecerse independientemente de la anticipada extinción del primero un término cierto para que principie el segundo usufructo.

(2) DONELO, *C. jur. civ.*, l. VI, c. 23, n. 23.

(3) Así, Cas. Roma, 27 Noviembre 1877, *Foro*, 1877, 1, 1.291. Cons. PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. III, n. 215.

posición privada como al de la ley (que, prohibiendo el fideicomiso, quiere disminuir el tiempo en que puede el disponente mandar en los bienes que deja al morir), que interpretemos la sustitución fideicomisaria como si comprendiera, salvo expresa voluntad en contra, una sustitución vulgar, cuya naturaleza y funciones son harto distintas, y que se le atribuya eficacia por este medio, que, además, prolonga por más tiempo de lo que quería el testador la transmisión de la propiedad, cuantas veces falte el fiduciario y no haya nacido ni esté concebido el fideicomisario capaz de recibir los bienes directamente de él (1).

Cuando, en cambio, se ordena un usufructo progresivo, no existe, entre las disposiciones que lo constituyen, el vínculo de subordinación que hay entre la sustitución fideicomisaria y la institución de heredero. Las disposiciones despliegan sus efectos independientemente una de otra; sólo que el efecto de la segunda, en la mente del testador, es o puede ser, temporalmente, impedido por el efecto de la primera. La prohibición del usufructo sucesivo lleva como consecuencia que la eficacia de la primera sea un impedimento absoluto y perpetuo para la eficacia de la segunda; pero no hay razón alguna para que este impedimento haya de ser inducido de la existencia de una primera vocación, cuando ella no deba tener efecto por la renuncia o premoriencia del legatario. Para entrar a gozar del usufructo, no tienen necesidad los segundos llamados de que se les considere sustitutos vulgares de los primeros; ellos mismos serán primeros, si llegan a faltar éstos por cualquier causa (2).

139. Debemos recordar, igualmente, que los principios de las leyes transitorias respecto a las sustituciones fideicomisarias, no se aplican al usufructo sucesivo en las sucesiones abiertas durante la

(1) FILOMUSI-GUELFI, en la monografía cit. en la pág. 360, nota 1, § IV. Cons. DE LUCA, *Th. just. et ver.*, l. X, *de fideic.*, dd. 17, 18, 107 y sigs.

(2) Esta afirmación no se discute en caso de premoriencia de los llamados sucesivamente: el más autorizado escritor sobre la materia cree que se debe tratar distintamente el caso de la renuncia (FILOMUSI-GUELFI, *loc. cit.*); no veo motivos para esta diferencia. Dice que la renuncia del llamado en primer lugar no puede mantener viva una disposición que caducó por el hecho mismo de haber sido llamado él. Pero la renuncia a adquirir, sea cualquiera el tiempo en que se haga, motiva la caducidad del primer llamamiento (art. 891), de igual suerte que la premoriencia; y, por lo tanto, no puede ser causa de caducidad del segundo. No necesito indicar que es distinto el valor de la renuncia del usufructo ya adquirido.

vigencia de las leyes que reconocían su eficacia. Conforme a la doctrina dominante (1), el fideicomisario adquiere, al abrirse la sucesión, un derecho condicional a la restitución de los bienes por parte del fiduciario; si las leyes abolicionistas, a fin de apresurar los efectos que querían lograr, lo sacrifican en todo o en parte, estas disposiciones no tienen valor sino respecto a las relaciones expresamente reguladas por ellas, y no puede inducirse que la condicionalidad de un derecho impida que, en cuanto derecho adquirido, sea respetado por la ley nueva. Los legatarios sucesivos de un usufructo, nacidos o concebidos cuando la sucesión se abra bajo el imperio de una ley que reconozca eficacia a este llamamiento, han adquirido un derecho, igualmente subordinado a la condición de su supervivencia al primer usufructuario, y este derecho no puede ser anulado ni restringido por nuestra ley, que prohibe para lo porvenir la constitución de usufructos sucesivos; porque no ha tenido el propósito de extirpar inmediatamente las relaciones nacidas durante la vigencia de leyes anteriores (2). Más gravedad tiene el problema cuando, al abrirse la sucesión, no hubiese sido concebido aún el legatario sucesivo que ha sido designado (el hijo que pueda tener una persona viva entonces). Creo que hay necesidad de distinguir: Si, como la nuestra, la ley vigente a la sazón reconocía, en general, el llamamiento testamentario directo de un hijo futuro, puede afirmarse que este derecho lo ha adquirido por él su representante legal (3), y en este concepto debe estarle reservado también, aun cuando se conciba después de entrar a regir la ley nueva. Si no reconocía tal llamamiento, no podía la disposición ser eficaz para el no concebido, y habría que considerar a éste como un fideicomisario del usufructo. Y como tal fideicomisario, no era respetado su derecho, ni por los decretos dictatoriales ni por las disposiciones transitorias del Código civil (art. 24), a menos que se diesen en él los nuevos requisitos exigidos y hubiera nacido o estuviese conce-

---

(1) GABBA, *Teoria della retroattiv. delle leggi*, p. III, l. III, c. 16, § 3.

(2) Así decidieron la eficacia de usufructos progresivos constituídos durante la vigencia de la legislación pontificia: Apel. Bolonia, 28 Febrero, 1871, *Legge*, XI, 1, 324; Apel. Roma, 26 Abril 1881, *Temi rom.*, 1881, 221; de las Constituciones estenses del 1771: Cas. Turín, 10 Julio, 1872, *Giur. it.* XXIV, 1, 459; de las leyes napolitanas: Cas. Nápoles, 1.° Febrero, 1887, *Gazz. proc.*, XXII, 91; 2 Marzo, 1888, *Legge*, 1889, 1, 14; del Código francés: Cas. Turín, 30 Diciembre, 1891, *Giur. torin.*, 1894, 237. V., además, GABBA en la *Giur. it.*, 1871, 492. *Contra:* CUTURI, *Fedecommessi e sostituzioni*, p. 117, en nota.

(3) GABBA, *Retroatt. delle leggi*, t. III, p. 322.

[illegible] al comenzar a regir. Si concurrían estas condiciones, no veo la posibilidad ni la necesidad de que se le privase, en parte, del usufructo que tenía derecho a que le fuera entregado por el primer legatario, de igual suerte que se ha privado, en parte, de la propiedad al llamado en segundo lugar, en beneficio del poseedor del fideicomiso (1).

Una observación última: el usufructo sucesivo puede también constituirse de un modo indirecto, legando la propiedad a término o bajo condición suspensiva. Este legado puede ir acompañado de una expresa reserva del usufructo en beneficio de un tercero o del heredero: si falta esta reserva, de pleno derecho viene el usufructo a

(1) Y, sin embargo, en tanto que al fideicomisario de propiedad se le dió derecho a adueñarse inmediatamente de la mitad de ésta, y la otra mitad quedaba en poder del poseedor, juntamente con el usufructo completo, al fideicomisario del usufructo se le atribuyó la totalidad de él a la muerte del que lo poseía al promulgarse las leyes abolicionistas. En cuanto al llamamiento de personas futuras distintas de los hijos de personas vivas, ninguna legislación le ha dado eficacia más que como vocación fideicomisaria, y, por consiguiente, tenga por objeto el usufructo o la propiedad, cae bajo el dominio de las leyes abolicionistas de los fideicomisos. Así, por ejemplo, en virtud de estas leyes, el usufructo legado a una familia por cien años, se consolida con la propiedad a la muerte del que lo poseía al comenzar a regir las leyes o, lo más tarde, a la muerte de los primeros llamados después del actual poseedor y nacidos o concebidos en aquel momento. *Contra:* Trib. de Apel. de Ancona, 2 de Agosto de 1882, *Legge*, 1882, 2, 451, que, aplicando, no las leyes recientes, sino la ley de 7 floreal año VI, reconocía que el usufructo constituído con anterioridad a ella, y por cien años, podía persistir durante este lapso separado de la propiedad, independientemente de la existencia de los llamados en el instante de su promulgación. Es, pues, muy cierto que las normas de Derecho transitorio se aplican a aquellas disposiciones que tienen la apariencia o el nombre de usufructos progresivos; pero envuelven, en realidad, una sustitución fideicomisaria de propiedad, como el usufructo legado perpetuamente a una cierta descendencia. (Apel. Palermo, 28 Diciembre 1869, *Annali*, 1869, 2, 332; Apel. Génova, 2 Abril 1883, *Foro*, 1883, 1, 1248, con nota de GABBA). Asimismo no constituye tampoco un verdadero usufructo progresivo el legado de usufructo perpetuo a favor de los arciprestes *pro tempore* de una iglesia parroquial; la expresión «párroco *pro tempore*» indica una cualidad y no una persona, y no puede ir separada del beneficio eclesiástico, de que es legítimo representante el investido. Hay, por tanto, un usufructo constituído a favor del beneficio, cuya duración está limitada con arreglo al artículo 518, y, si está constituído en el régimen legal anterior, según una opinión acertada, puede prorrogarse por un plazo más largo. (Apel. Casale, 15 Marzo 1889, *Giur. casal.*, 1889, 157).

corresponder al heredero o al legatario gravado (1). Si la reserva del usufructo ha sido hecha a favor de varias personas sucesivamente, existe una disposición que evidentemente choca contra la prohibición del artículo 901 y que no puede ser eficaz más que respecto al primer llamado (2). En tal caso, el aplazamiento en la adquisición de la plena propiedad se abrevia por necesidad jurídica. El legatario recibe el usufructo, extinguido por la muerte del primer llamado, como lo recibe a la muerte del heredero aquél a quien se lega la nuda propiedad. Si la adquisición del dominio pleno está sujeta a condición, al extinguirse el primer usufructo se pone en administración la cosa que constituye el objeto del mismo, en interés de aquellos a quienes haya de pertenecer cuando la condición se purifique. No creo que pueda regularse de distinto modo el vínculo que nace de una reserva tácita del usufructo, y que para respetar la voluntad del disponente de aplazar la adquisición del pleno dominio por parte del legatario, pueda prolongarse el usufructo más allá de la vida del heredero o del legatario gravado, o considerarlo reconstituído en beneficio de sus herederos, llegando a efectos que no pueden conseguirse con una disposición expresa (3). El aplazamiento de la adquisición del dominio pleno comprende la separación del usufructo de la propiedad, y el disponente no puede dar a esta separación un término cierto, porque el usufructo se extingue con la muerte del usufructuario antes de que venza el término (4).

---

(1) Siempre que no pueda considerarse legado un derecho de crédito para la restitución de la propiedad; porque en este caso la propiedad se adquiere, inmediata y definitivamente, del gravado, a la apertura de la sucesión (v. más atrás págs. 249 y ss.).

(2) Así, Cas. Turín, 28 Junio 1870, *Mon. trib. Mil.*, V, 704; Apel. Bolonia, 28 Febrero 1871, *Legge*, XI, 1, 324. *Contra:* Cas. Turín, 15 Marzo 1887, *Legge*, 1887, 2, 155.

(3) Y presuponiendo precisamente la validez de la reserva tácita en favor del heredero y de su heredero, el Trib. de Cas. de Turín, en la segunda sentencia citada en la nota anterior, y dentro de estos límites, reconoce eficacia a la reserva expresa.

(4) Sale fuera del tema el examen de aquel precepto del artículo 901 que prohibe el legado, lo mismo que del usufructo, de las anualidades sucesivas. Pero hago mía íntegramente la opinión formulada por FILOMUSI GUELFI en la nota en que combate una sentencia del Trib. de Cas. de Nápoles, de 12 de Mayo de 1880, *Foro*, 1881, 1, 17: el derecho al legado de anualidades sucesivas es independiente de su unión con un determinado fundo, por la razón de que el principio contenido en el artículo 901 no es una simple confirmación de la prohibición de las sustituciones fideicomisarias, sino que es mayor su alcance

§ 5. Garantías de los acreedores y legitimarios.

Sumario: 140. Derechos de los acreedores para con el legatario del usufructo cuando la herencia se acepta a beneficio de inventario. - 141. Derechos de los acreedores protegidos con la separación de patrimonios. - 142. Posición del legatario de usufructo frente a los demás legatarios, frente a los acreedores que no hayan obtenido la separación de patrimonios y a los acreedores del heredero. - 143. Eficacia contra los legatarios de las hipotecas obtenidas respecto al testador. - 144. Naturaleza del derecho de los legitimarios. Garantía especial de la propiedad de las legítimas respecto al legado de usufructo. - 145. En qué medida modifica los principios acerca de la reducción de los legados que excedan de la parte disponible, el precepto especial del artículo 810. - 146. Aplicación cumulativa de los artículos 824 y 810. - 147. Valoración necesaria del usufructo para señalar la admisibilidad de la sucesión *ab intestato* parcial y aplicación subsiguiente del artículo 810. - 148. Condiciones y efectos de la renuncia a la parte disponible. - 149. Continuación. - 150. Efectos particulares en los legados de usufructo a término y condicionales. - 151. Garantía de la legítima de los hijos naturales y del cónyuge supérstite frente a los legados de usufructo.

140. La constitución en testamento del usufructo, como cualquier otro legado, puede lastimar dos clases de derechos: el de los acreedores y el de los legitimarios. La tutela de los derechos del

se extiende a casos en que no sería aplicable dicha prohibición; también sería ineficaz, independientemente de su unión a un fundo, a causa de la prohibición de las sustituciones fideicomisarias, el legado de anualidad en favor de personas incapaces de recibir directamente del testador. El Trib. de Cas. de Nápoles, en la sentencia antes citada, confirmaba la del T. de Apel. de Nápoles, de 8 de Junio de 1879, nota 1 a la pág. 360, aunque sin reproducir todos sus errores. Como aquel Trib., hubo de decidir el de Apel. de Ancona, en 24 de Septiembre de 1890, *Giur. it.*, 1891, 2, 254. Para una aplicación interesante del artículo 901 al legado de renta sobre algunos inmuebles, hasta que las anualidades acumuladas formasen un capital suficiente para ciertos actos de culto, v. el fallo del T. de Apel. de Roma, 20 Abril 1874, *Legge*, XIV, 1, 543; y las sentencias contrarias: Apel. Lucca, 12 Junio 1875, *Annali*, IX, 2, 417 y Apel. Florencia, 24 Abril 1876, *Giur. it.*, XXVIII, 1, 660. Además, es cierto que la excepción sentada por el art. 902 respecto a la prohibición del 901, se refiere exclusivamente al legado de anualidad, no al de usufructo, y que la utilidad pública no justificaría la constitución de un usufructo ultra-vitalicio; ni sé cómo se ha podido tergiversar el artículo 902 para pretender justificar con él la constitución del derecho de uso público perpetuo sobre bienes de particulares; v. Cuturi, *Fedecomm. e sostituz.*, ps. 251 y sigs. Cons. más atrás nn. 68-70.

acreedor respecto al legado de usufructo, y de cualquier otro legado, es un reflejo de aquellas garantías que los nombrados acreedores disfrutan frente a los que lo son del heredero, y por otra parte también de las garantías conferidas al heredero respecto a los mismos acreedores de la herencia y a los legatarios.

Las garantías concedidas al heredero frente a los acreedores de la herencia y a los legatarios, consisten en el derecho que se le da de separar sus bienes de los de la herencia, y, mediante la aceptación de ésta con beneficio de inventario, conservar respecto de ella sus créditos y liberarse de la obligación de satisfacer los débitos y legados más allá del valor de los bienes que recibe (arts. 955, 968) (a). Para los acreedores hereditarios, el efecto de esta separación consiste en que mantienen el lugar que ocupaban antes de abrirse la sucesión, y, por consiguiente, pueden oponerse al pago de los legados (art. 976) (b), porque si la herencia se acepta puramente, los legatarios se convierten, como ellos, en acreedores del heredero, dejan de serlo de la herencia y carecen del derecho a ser pagados con los bienes de la misma si no existe remanente después que se paguen los débitos pendientes. A consecuencia de ello, y si en tiempo oportuno no se han opuesto, los acreedores no pueden tampoco accionar contra el heredero que haya agotado el activo de la herencia pagando a los legatarios; pero frente a éstos conservan su derecho de preferencia, que asume la forma de una acción personal para pedir la restitución, acción que prescribe a los tres años de realizado el último pago (art. 977) (c); es decir, que tienen el derecho a pretender de los legatarios singulares aquella cantidad o parte de ella en que debió reducirse el legado para que la masa hereditaria bastase al pago de los débitos (1).

Frente a los legatarios de usufructo y de propiedad no ha lugar a oponerse al pago, porque independientemente de la puesta en posesión que deben pedir aquéllos al heredero, y sin utilizar la acción personal accesoria contra él, a la apertura de la sucesión están investidos, por ministerio de la ley, del derecho real conferido por el testador. Pero la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, si no influye inmediatamente en esta adquisición y no convierte en *realmente revocable* su derecho, subordina sus ventajas patri-

(a) [Arts. 1.010 y 1.023 del Cód. esp.]
(b) [Cfr. arts. 1.027 y 1.028 Cód. esp.]
(c) [Cfr. art. 1.029 del Cód. esp.]
(1) V. PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. V, nn. 152, 189 y sigs.

moniales a la liquidación del as y a la íntegra satisfacción de los créditos hereditarios. Los legatarios adquieren un derecho real, pero con la *obligación de restituirlo* total o parcialmente a los acreedores no pagados, cosa análoga a lo que ocurre con los adquirentes a título gratuito de un deudor que disponga de bienes por actos *inter vivos* en fraude de sus acreedores. Adquieren el derecho real y pueden *irrevocablemente transmitirlo* sin que sus causahabientes puedan temer las acciones de los acreedores; pero *personalmente* quedan obligados para con los acreedores mismos en la medida en que hubieran de reducirse proporcionalmente los legados para cubrir el pasivo de la herencia. O, en otros términos, los acreedores de la herencia no pueden impugnar los legados de propiedad o de usufructo con que se ha disminuído el patrimonio que constituía la garantía común como si esto se hubiera realizado en fraude de sus derechos (1), porque con la disposición de un legado, que ha de producir sus efectos cuando encuentren dichos acreedores una nueva garantía en el patrimonio del heredero, no puede haber fraude, esto es, la conciencia de acarrearles un daño; pero la aceptación con beneficio de inventario reduce nuevamente sus garantías al mero patrimonio hereditario, y si por causa del legado son aquellas insuficientes, pueden exigir la revocación de éste.

Tal remedio está lejos de procurar una segura garantía a los acreedores: primero, porque del heredero depende exclusivamente que la herencia se acepte en forma pura o con beneficio de inventario, y, por ende, poner término a los efectos de la deliberación y colocarse en la posición de aceptante sin reservas (arts. 956, 957, 960, 961, 973, 974) (a), en el cual caso los acreedores de la herencia hallan en él un nuevo responsable, pero del perjuicio que sufran por su insolvencia no pueden obtener remedio dirigiéndose contra los legatarios. En segundo lugar, porque si la aceptación con beneficio de inventario produce respecto a los bienes de la herencia, de los que no puede disponer el heredero, los efectos de un vínculo real, este vínculo no comprende los bienes separados de la masa en virtud de una disposición a título particular; los acreedores no disponen más que de una acción personal contra el legatario de propiedad o de usufructo, y puede frustrarse por las disposiciones de los legatarios mismos.

---

(1) Como parece que opina MELUCCI, *Tratt. della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*, n. 250.

(a) [Arts. 1.010, 1.013, 1.018, 1.019 y 1.024 del Cód. esp.]

141. De aquí la necesidad de otra garantía que ofrece la ley a los acreedores de la herencia autorizándoles a pedir la separación de patrimonios y a procurarse así un derecho real de privilegio sobre los bienes muebles de la sucesión y un derecho real de hipoteca sobre los inmuebles, con la inscripción del crédito a título de separación (arts. 1.032, 1.033, 2.059, 2.060) (a) (1). El remedio de la separación de patrimonios está destinado principalmente a defender a los acreedores hereditarios de la concurrencia conacreedores del heredero respecto a los bienes de la sucesión; y ello tanto en la forma que aquél tenía en el Derecho romano, de verdadera y propia separación, que privaba al heredero de la facultad de disponer de la herencia, y que por otra parte excluía el concurso de los acreedores de aquélla con los del heredero sobre el patrimonio de éste (2), como en la forma que tiene en nuestro Derecho, a la que se adapta mal el nombre antiguo, ya que se crea un vínculo real sobre la masa hereditaria, y el heredero la adquiere con sujeción a él, la confunde con su patrimonio y puede disponer de ella, a la vez que sobre sus bienes propios tienen un derecho de garantía los acreedores hereditarios igual al de sus acreedores personales (artículo 2.055). Pero al modo como, por una parte, se ha extendido en beneficio de los legatarios (arts. 1.033, 2.054), que son acreedores del heredero, aunque acreedores que tienen derecho a ser pagados con el valor de los bienes hereditarios antes que los acreedores que tenía aquél al tiempo de aceptar la sucesión; por otro lado, y de un modo

---

(a) [El Código español no consagra expresamente el recurso de la separación de patrimonios (aceptado por casi todas las legislaciones latinas); pero viene a ser equivalente al mismo la facultad que concede el art. 1.082 a los acreedores de oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos.]

(1) Discútese mucho si es éste el efecto de la separación en el Derecho vigente. Para la tesis que exponemos, v. MELUCCI, *op. cit.*, nn. 179 y sigs.; MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, t. I, mon. XIV. Prevalece la tesis contraria en la doctrina francesa, y entre otras consecuencias deduce que la separación no favorece a los acreedores que la obtuvieron contra los que no la lograron; v. un resumen de la doctrina y la jurisprudencia sobre este particular en una nota de SANSONETTI en el *Foro it.*, 1890, 64. Para esta misma tesis, v. Cas. Palermo, 11 de Febrero de 1890, *Foro*, 1891, 1, 306.

(2) Extremo que no ha sido impugnado. En cambio, hay contradicción en las fuentes acerca de si los acreedores hereditarios conservaban el derecho de ser pagados, después de los acreedores del heredero, con el patrimonio de éste; cons. WINDSCHEID, § 607, notas 10-11.

reflejo, favorece a los acreedores hereditarios frente a los legatarios; la demanda de separación, la inscripción de ese vínculo hacen que se fije la originaria condición jurídica de sus respectivos títulos (artículo 2.063). La condición jurídica primitiva de los acreedores hereditarios es la misma que ostentaban *antes de la apertura de la sucesión*, época en que tenían una garantía sobre el patrimonio entero transmitido por herencia. La condición jurídica originaria de los legatarios, es la que tienen *en el momento de la apertura de la sucesión*, porque en este momento es en el que pueden adquirir el derecho, si el legado no es condicional suspensivo; al abrirse la sucesión, los legatarios de propiedad y de usufructo poseen un derecho real sobre los bienes legados, y todos un crédito contra el heredero, asegurado por el patrimonio hereditario entero; en su consecuencia, el derecho originario de los acreedores a ser pagados con el importe de todo el patrimonio, cuando con la separación se hayan asegurado un vínculo real sobre los bienes singulares que componen el patrimonio, no sufre alteración por el derecho de los legatarios, que es un derecho nacido después del de aquéllos, aunque obtenga garantía al mismo tiempo que el de ellos contra los actos de disposición del heredero y contra las pretensiones de los acreedores de éste. Y el artículo 1.033 confirma la preferencia sobre el mismo derecho real adquirido imediatamente por los legatarios; porque luego de haber colocado en primer lugar el principio de que el legatario no está obligado a satisfacer las deudas de la herencia, hace la salvedad expresa de la acción hipotecaria sobre el fundo legado, y del ejercicio del derecho a pedir la separación (1).

(1) Así lo declaró el Trib. de Cas. de Roma, 23 de Enero de 1880, *Giur. it.*, 31, 1. 434, sentencia citada y aplaudida por MIRABELLI, *op. cit.*, n. 34. *Contra:* Apel. Turín, 4 Febrero 1871, *Giur. tor.*, VIII, 217; Cas. Turín, 29 Abril 1871, *Annali*, XVI, 1, 299, según las que los acreedores no adquieren con la separación ningún derecho sobre el fundo legado; con algunas vacilaciones es lo mismo que afirma MELUCCI, *op. cit.*, n. 250; cons. nn. 258 y sigs. El significado decisivo del artículo 1.033, lo descubre RICCI, t. X, n. 303. La regla del artículo 1.003 es una consecuencia del principio sentado por el 2.063. Por otra parte, sería difícil sostener que no envuelva una modificación profunda respecto a la atribución inmediata del derecho real legado. La adquisición de este derecho por parte del legatario cuando no se aceptó la herencia con beneficio de inventario, no está enlazada con la obligación personal de restituirlo en todo o en parte cuando el activo no cubra el pasivo de la herencia; sino que está subordinada al derecho real de garantía que adquieren en el mismo momento los acreedores hereditarios. Y este derecho puede ejercitarse por los acreedores contra el lega-

142. La preferencia de los acreedores que han pedido la separación sobre el legatario de propiedad o de usufructo, no es efecto de la demanda de separación, sino del derecho preexistente, que la separación viene a fijar y a asegurar con un vínculo real sobre los bienes. Infiérese de aquí con toda certeza que no pueden pretender la misma preferencia los legatarios, pidiendo o inscribiendo la separación sobre los bienes legados a otros en propiedad o en usufructo, porque la originaria condición jurídica de aquéllos no es preferente a la condición de éstos, sino que unos y otros adquieren el derecho en el mismo momento; y más bien son los legatarios de propiedad o de usufructo los que predominan, en todo caso, respecto a los otros legatarios, porque esta preferencia les está atribuída por el título que a todos es común: el testamento y la consiguiente constitución del derecho real (1). Y no vale que se objete en contrario que derechos con el mismo fundamento y origen semejante se colocan en distinta relación si unos buscan en la pu-

---

tario y sus causahabientes, aunque no exista tal insuficiencia del activo de la herencia, que es la razón única de disminuir la eficacia de las disposiciones testamentarias, y quede al legatario únicamente una acción personal subsidiaria contra el heredero. La lógica del sistema que reconoce la creación en testamento de un derecho real a favor de los legatarios, exigiría que respecto a los bienes legados no se inscribiese la separación; los acreedores hereditarios no necesitan de esta última para defenderse del daño directo o indirecto que pudiera acarrearles la concurrencia de los acreedores del heredero; porque, como voy a decir ahora mismo, en este concurso, y sin necesidad de separación, quedan aparte respecto de dichos bienes. En todo caso, debería estar reservada a los acreedores una acción personal contra el legatario cuando no sea suficiente la masa hereditaria para satisfacerlos, ni el heredero pueda tampoco pagarles; pudiendo aquélla revestir el carácter de acción revocatoria o de la acción de restitución reconocida en el artículo 977. Y si no se quisiera privar al acreedor hereditario de la garantía real sobre los bienes legados, debería exigírsele por lo menos, para que pudiera ejercitarla, la previa excusión del heredero sobre los demás bienes de la herencia y sobre los suyos propios cuando haya aceptado sin acogerse al beneficio de inventario. Para conservar incólume la garantía otorgada por el Derecho vigente a los acreedores, y enlazarla armónicamente con los demás principios del Derecho hereditario, habría que rechazar el legado de derechos reales y declarar que el testamento no otorga más que un derecho de obligación contra el heredero y que el derecho real se adquiere del heredero mediante actos *inter vivos*. V. en apoyo de este sistema los *Motive z. d. Entw. ein. bürg. Gb. f. d. deutsche R.*, t. V, ps. 134 y sigs.

(1) Así, el T. de Apel. de Turín, 24 Octubre 1872, *Giur. it.*, 1872, 2, 708; MELUCCI, *op. cit.*, n. 249; MIRABELLI, *op. cit.*, n. 34.

blicidad aquella garantía externa que falta en los otros. Si se tratara de derechos de la misma naturaleza, sería justísimo este principio; y a la manera como entre dos acreedores, a quienes en un solo acto se les ha constituído hipoteca, disfruta de preferencia el que la inscribe primero sobre el que lo hace después o no lo hace, así entre dos legatarios de un derecho de crédito contra el heredero, tiene preferencia el que inscribe la separación sobre el que no la inscribe. Pero el legatario de propiedad o de usufructo no tiene posibilidad de inscribir la separación; esto es, de asegurarse un derecho de garantía sobre los bienes que constituyen el objeto de su derecho real de disfrute; y en razón a éste es, precisamente, por lo que se coloca por encima de los otros legatarios; su derecho adquirido por sucesión no necesita de publicación ni tiene posibilidad de hacerlo en nuestro sistema legislativo (1).

De igual suerte, el legatario de propiedad o de usufructo excluye de que concurran contra el valor de sus bienes a los acreedores hereditarios no inscribentes de separación y a los acreedores del heredero. A los acreedores hereditarios los excluye, porque su preferencia potencial no llega a actuarse sino con la demanda de separación; a los acreedores del heredero, porque los bienes legados pasan directamente del patrimonio del difunto al suyo (al del legatario), y ni por un momento ingresan en el patrimonio del heredero (2); y por eso no es admisible la inscripción de separación sobre estos bienes por parte de los otros legatarios; es, además, inútil para excluir el concurso de los acreedores del heredero, que quedan excluídos ya por la sola presencia del legatario de propiedad o de usufructo, y no puede tampoco servir para procurar ni la preferencia ni el concurso con éste; y si hubiese sido practicada, podría exigirse siempre la cancelación.

143. No es necesario explicar que la apertura de la sucesión y la delación de la propiedad o del usufructo a un legatario no alteran

(1) También v. DOLLINGER, *De la séparation des patrim.*, n. 62 (en la *Revue critique de lég. et de jurispr.*, 1858-1865). Como dotado de un derecho de obligación subsidiaria contra el heredero, puede siempre inscribir la separación sobre los demás bienes hereditarios, y a esta inscripción está condicionado el que pueda concurrir con los otros legatarios cuando se le prive por los acreedores de la herencia de los bienes directamente legados y tenga que accionar de rechazo contra el heredero.

(2) Apel. Casale, 30 Octubre 1887, *Giur. casal.*, 1887, 332. V. más atrás pág. 245, nota 2.

las garantías que anteriormente hubiesen adquirido los acreedores sobre los bienes legados (art. 1.033); y estos derechos especiales de garantía coexisten y dominan sobre el derecho de garantía común derivado de la separación (arts. 2.054-2.063). Pero hay quien pregunta si contra el legatario de propiedad o del usufructo puede accionarse un derecho de hipoteca adquirido, pero no inscrito, antes de la muerte del testador. Yo creo que la posibilidad de ello en algún caso resulta del artículo 1.996, que admite la inscripción sobre bienes de un difunto y exige que se ejercite también contra los herederos y «otros causahabientes del deudor», cuando, al inscribir en el Registro los inmuebles, aparezca o conste en él la transmisión a aquéllos desde tres meses antes; y es claro que la frase copiada del artículo 1.996 se refiere precisamente a los legatarios, porque la hipoteca no inscrita no puede alegarse contra los causahabientes por acto *inter vivos;* el derecho personal a la inscripción de la hipoteca se adquiere por ministerio de la ley, fallo judicial o contrato; el derecho real de hipoteca, unido a la propiedad, y que pasa con ella a los adquirentes sucesivos, sólo se adquiere y conserva mediante la inscripción (1) (a). Por otra parte, es evidente que contra el legatario no se pueden alegar las hipotecas legales ni las judiciales no inscritas; que constituyen derechos de obligación, y que sus titulares carecen de derecho para ejercitarlas si no es contra el sucesor a título universal de su deudor, salvo la inscripción de separación que puede alcanzar al legatario, pero de la misma suerte que podría hacerlo cualquier acreedor quirográfico. Por la misma razón carece de eficacia contra el legatario, si no está inscrita, la hipoteca convencional constituída con anterioridad a la formalización del testamento; pero cuando fuese posterior a éste el otorgamiento voluntario de una hipoteca, jugaría ya otro principio, o sea el que informa el artículo 892, que dice que la enajenación de la cosa legada o de una parte de ella hecha por el testador revoca el legado consistente en lo enajenado; y en la constitución de una hipoteca, que implica desmembración de un derecho real sobre

(1) Exceptuada la hipoteca del enajenante hasta que no se practique la transcripción de la venta: art. 1.942. Esta tiene eficacia, aun sin la inscripción, contra los adquirentes sucesivos por actos *inter vivos* y también contra los legatarios; y precisamente por esto no se pide la inscripción contra el legatario sino cuando hay que proceder a la transcripción de la adquisición de su causante.

(a) [V. en Derecho español los arts. 1.857 del C. c. y 146 a 159 de la ley Hipotecaria.]

la cosa, hay que ver, indudablemente, una enajenación, y consiguientemente, por tanto, la revocación parcial o modificación del legado, y la sustitución del legado de un fundo libre por el de un fundo hipotecado. No importa que no sea perfecta la enajenación y que no haya sido adquirido por el cesionario el derecho real antes de la apertura de la sucesión; porque no es que la enajenación implique un obstáculo jurídico a la eficacia directa del legado, sino que ello resulta porque de la misma se induce un cambio total o parcial de voluntad en el disponente; tan verdad es esto, que si la enajenación se anulara, se producirían los mismos efectos. El concesionario de la hipoteca, que en todo caso puede pedir su constitución o reclamar su equivalente al heredero, puede también, si posee un título posterior al testamento, exigir tal constitución en forma específica, y por mediación del heredero pretender la inscripción sobre el fundo legado (1).

144. La ley reserva a descendientes y ascendientes legítimos una porción hereditaria en el caudal del ascendiente o del descendiente (arts. 805-807) (a), y su derecho está asegurado por la prohibición absoluta de disponer, a título gratuíto, bien por actos *inter vivos* o *mortis causa*, de la legítima que en plena propiedad les pertenece y a la cual no puede imponérsele carga ni condición alguna (art. 808) (b); y son nulas radicalmente todas las disposiciones en contrario, y los bienes objeto de ellas se pueden reivindicar, tanto de los herederos como de los legatarios o donatarios y causahabientes de ellos, salvo respecto a estos últimos, el beneficio de excusión de sus autores (arts. 821 y sigs., 1.091 y sigs.) (c). La garantía de los legitimarios se modifica respecto a terceros por respeto a sus derechos, y en lugar de la reivindicación contra los mismos donatarios y legatarios, procede una acción de indemnización, si la legítima ha sido afectada en cantidad que no exceda de la cuarta parte libre, y se trata de donación o legado de un inmueble que no pueda dividirse cómodamente (art. 826) (d). Fuera de estos dos casos, los legitimarios tienen asegurado el derecho a recibir en

(1) Como la hipoteca no inscrita, así, y por la razón misma aquí indicada, es eficaz contra el legatario la enajenación no transcrita. V. MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, t. I, mon. I, n. 7.

(a) [Art. 807 del Cód. esp.]

(b) [Arts. 806, 813 y 636 del Cód. esp.]

(c) [Cfr. arts. 817, 820 y sigs. y 654 y sigs. del Cód. esp.]

(d) [Cfr. art. 821 Cód. esp.]

plena propiedad su parte de bienes de la herencia, y no una prestación equivalente.

El derecho a la legítima es, pues, antes que nada, el derecho a *una cierta cantidad de bienes*, y, en segundo término, el derecho a *una cierta parte de los bienes* que constituyen la masa hereditaria. Se fija la cuantía del derecho mediante la formación de la masa hereditaria (art. 822) (a); los objetos del derecho se fijan, cuando el testador haya rebasado la cuota disponible, mediante la reducción de los legados testamentarios (art. 824), y sucesivamente mediante la reducción proporcional de las donaciones (art. 823) (b). El derecho de los legitimarios nace al abrirse la sucesión, y consta: de un derecho personal respecto a los beneficiados que obtuvieron parte superior a la de libre disposición; y un derecho de propiedad plena y libre de cargas, que únicamente frente a los adquirentes de un donatario está subordinado al ejercicio contra éste del derecho de obligación, y, en el caso señalado en el artículo 826, queda absorbido por el derecho de obligación contra el legatario de un inmueble. Son objeto de dicha propiedad: *potencialmente*, todos los bienes de que no se haya dispuesto y todos aquellos de que se haya dispuesto por encima de la porción disponible, y, *efectivamente*, los bienes adjudicados en la partición y los obtenidos a virtud de la reducción de donaciones y legados de carácter inoficioso. La reducción es el postulado necesario de la reivindicación contra los beneficiados, por lo cual también a ésta se le llama acción de reducción.

El legado de usufructo, así como el legado de la nuda propiedad y el de renta vitalicia, ofrecen una particularidad frente al derecho de los legitimarios; que, mediante aquél, *el derecho «personal» de los legitimarios a una cierta cantidad de bienes*, sólo es infringido si el valor capital del usufructo, de la renta o de la nuda propiedad supera a la parte de libre disposición, y el derecho «real» de los legitimarios, *el derecho a la propiedad plena y libre de una parte del caudal*, queda infringido siempre que el legado de usufructo o de nuda propiedad se extienda a todos o a una parte de los bienes que constituyen la cuota destinada a legítimas, o si todos los productos de estos bienes, o una parte de aquéllos, son absorbidos por la carga de la renta, aun cuando el valor del usufructo, de la renta o de la nuda propiedad no supere al de la parte libre. Si la herencia asciende a 100 y la parte libre a 50, y se deja un legado de

(a) [Art. 818 del Cód. esp.]
(b) [Art. 820 del Cód. esp.]

usufructo sobre las tres cuartas partes de los bienes o sobre un fundo valorado en 75, supuesta la hipótesis de que debe calcularse el valor del usufructo en la mitad del valor total de la cosa gravada, el legado podrá satisfacerse íntegramente sin perjudicar el derecho de los legitimarios a obtener un valor de 50 en la masa hereditaria: pero es incompatible su pago íntegro con la atribución a los legitimarios de la mitad del caudal en plena propiedad. Lo mismo sucede si se lega la nuda propiedad de 75 que esté valorada, pongamos igualmente en la mitad, o una renta vitalicia de 3, que, en hipótesis, corresponde a un capital de 40; el legitimario encontrará siempre en la masa el valor de 50; pero no en la forma de un derecho de propiedad plena y libre sobre la mitad de ésta; lo hallará en la forma de una propiedad más amplia, gravada con la carga de la renta, o de una propiedad plena por una parte, y por otra, simple usufructo (1).

Por eso, respecto a los legados de plena propiedad, se garantiza a los legitimarios la cantidad de su legítima mediante la acción para reducir los legados que excedan del valor de la parte libre, y se logra con ello asegurar también la *cualidad* de su porción hereditaria legítima; pero aplicando la misma acción contra los legados de usufructo, de renta o de nuda propiedad, quedaría sólo asegurado cuantitativamente el derecho de los legitimarios, al obligarles a contentarse, después de reducir el valor capital del usufructo, de la nuda propiedad o de la renta a los límites de la parte libre, con que el valor a que tienen derecho se les pagara en forma de nuda propiedad, usufructo o propiedad gravada con una renta, en vez de lograrlo en forma de propiedad plena y libre, y aun el mismo derecho no quedaría asegurado cuantitativamente sino de un modo imperfecto; porque la nuda propiedad, el usufructo, la carga de la renta tienen un valor aleatorio, y la comprobación de la equivalencia entre los derechos que adquieren y la propiedad plena de la legítima, sería siempre una equivalencia probable, no cierta. Si, en cambio, se diera a los legitimarios el derecho a pretender la reducción, no sólo de los legados cuyo valor exceda de la

(1) En el Derecho francés antiguo, que distinguía en el patrimonio los *propres*, bienes heredados o paternos, y los *acquêts*, bienes de nueva adquisición, y la legítima consuetudinaria de los cuatro quintos se imputaba sólo a los *propres*, se infringía del mismo modo el derecho de propiedad de los legitimarios si se disponía de más de un quinto de los *propres*, aunque por la sucesión en los *acquêts*, vinieran a adquirirse bienes por un valor igual o superior a la legítima: v. más adelante nota 1 a la pág. 380.

parte libre, sino de todos los legados que afecten a la propiedad plena de la legítima, se aseguraría la *cualidad* de ésta; pero también una *cantidad* de derecho mayor que la que es garantizada frente a los legados de propiedad plena; porque liberada la legítima de la carga del usufructo o de la renta, o reconstituída la propiedad de la legítima, que, detraída la nuda propiedad legada, correspondía ya toda, o en parte, en usufructo a los legitimarios, permanecería siempre entregada a ellos, como sucesores legítimos, la nuda propiedad o el usufructo de la parte disponible de que no se hubiera dispuesto; con este resultado se llegaría a hacer que preponderara la sucesión legítima, y no únicamente la sucesión necesaria, sobre la vocación testamentariamente establecida (1).

De aquí la oportunidad de una medida especial que autorice desde luego a los legitimarios a pedir la reducción de los legados que en cualquier modo ataquen el pleno dominio de las legítimas, pero a condición de que, en provecho de los beneficiados, renuncien a cuanto como sucesores legítimos en la nuda propiedad o en el usufructo hubieren de adquirir de la parte libre. Y ésta es la medida adoptada por el artículo 810, en los términos siguientes: «Si el testador constituye un usufructo o una renta vitalicia cuyo importe exceda de lo que produzca la parte libre, los herederos a quienes la ley reconoce un derecho a legítima, pueden elegir entre ejecutar aquellas disposiciones o renunciar a la parte libre. La misma opción corresponde a los legitimarios cuando el testador haya dispuesto de la nuda propiedad de una cuota de sus bienes superior a la porción libre» (a). La renuncia a la parte libre presupone reducir el contenido del legado en la proporción que perjudica al dominio pleno de la legítima; subsiste el legado sobre la parte libre y aumenta en intensidad lo que pierde en extensión, a virtud de la renuncia que

---

(1) Este era, por lo demás, el sistema del Derecho romano: la reducción del legado de usufructo sobre todos los bienes, con infracción del derecho del legitimario, está prescrita en la Nov. XVIII, c. 3; cons. CUYACIO, ad Nov. XVIII (ed. Nápoles, t. II, c. 1.059 y siguientes); de JUST., 32 C. *De inoff. test.*, III, 28, se deduce que, operada la reducción, procura a los legitimarios una ventaja ulterior indirecta, si se respetan íntegramente todas las demás disposiciones testamentarias. De JUST., 36, § 1, *eod.*, se induce también que la integración de la legítima debe proceder independientemente de cuanto venga a obtener el legitimario *quasi jure adventicio* o a causa de una sustitución (¿fideicomisaria?) o de un acrecimiento del usufructo que se le ha legado; v. sobre este pasaje CUYACIO, *Consult.*, XXIV (ed. Nápoles, t. I, c. 670) y VANGEROW, § 476.

(a) [Cfr. art. 820, regla 3.ª, del Cód. esp.]

nacen los legitimarios de los derechos que como sucesores legítimos les corresponderían en la parte libre: hay, en vez de reducción, transformación del legado. Al legitimario se le garantiza así la integridad de la legítima, pero no el modo de conseguir, contra la voluntad del testador, a más de aquélla, una parte de la porción libre; sólo puede conseguirla si respeta completamente la voluntad del testador y acepta la carga impuesta por éste a la legítima. Si opta por la segunda alternativa y abandona la parte libre, el legatario del usufructo, de renta vitalicia o de la nuda propiedad la adquiere como si se le hubiese dejado en pleno dominio (1).

145. Lo que el artículo 810 prohibe implícitamente y en absoto, es que el legitimario, sin renunciar a los derechos que le corresponden en la parte del caudal hereditario falta de vocación testamentaria, pueda pretender que se reduzca el legado de usufructo o de nuda propiedad al usufructo o a la nuda propiedad de la parte de libre disposición. Si no existiese la regla contenida en el artículo 810, el legitimario, a quien el 808 asegura la legítima en pleno dominio y libre de toda carga, tendría el derecho de impugnar toda disposición testamentaria que lo impidiera, y, por consiguiente, también el legado de usufructo o de nuda propiedad, siempre que su cuantía excediese la de la parte libre; con ello tendría expedito el camino para obtener sobre una porción de la parte libre las ventajas de la nuda propiedad o del usufructo. El artículo 810 le priva, por un lado, del derecho a pretender que se reduzca el legado para

(1) La adquiere, en compensación al usufructo que pierde por ministerio de la ley, o, si se prefiere, a causa de una sustitución de un legado por otro que *finge* la ley haber sido dispuesta por el testador. La jurisprudencia consuetudinaria francesa, para asegurar la legítima sobre los *propres*, proveía análogamente a condición del abandono de los *acquêts;* v. POTHIER, *Tr. des testaments*, c. IV, 2, § 5, e *Intr. à la cout. d'Orléans*, t. XVI, n. 54 (ed. Bruselas 1833, t. IV, p. 551, t. VII, p. 317), aun cuando no sin oposición, porque alegando el aforismo *voluit quod non potuit, noluit quod potuit*, se sostenía por algunos que la sustitución no podía conjeturarse que hubiera sido realmente querida por el testador. POTHIER mismo coloca fuera de discusión que pudiera alegarse un principio distinto para la legítima *de Derecho escrito* (a) violada por el legado de usufructo, y que la reducción de éste no estaba subordinada a la renuncia de la parte libre adquirida por el legitimario.

(a) [Sabido es que en la Francia anterior a la codificación, los territorios del Norte se regían por costumbres, a causa de lo cual se llamaban «países de *Droit coutumier*»; a diferencia de las regiones meridionales, que aplicaban el Derecho romano y solían ser llamadas «países de *Droit écrit*».]

completar así la propiedad de la legítima, cuando el legado sea de usufructo y su cuantía no exceda del valor de la parte libre (por lo cual deje vacante una parte de ésta *ab intestato)*, y de otra parte, el expresado artículo autoriza al legitimario para que abandone su derecho sobre la parte disponible, y de este modo le procura otro medio de lograr dicho propósito (1).

En cambio, contra la opinión dominante, sostengo que el artículo 810 en ningún caso impide que se apliquen los artículos 821 y siguientes a la reducción del legado de usufructo, de renta, o de nuda propiedad que tengan un valor *capital* superior a la parte libre, o que, acumulados a otras disposiciones testamentarias, la superen. Así resulta del tenor del artículo 821, que sin distinguir habla de la reductibilidad de todas las disposiciones testamentarias, y más todavía del artículo 1.791, que expresamente se ocupa de la reductibilidad de la renta vitalicia. La misma doctrina general da una acción para reducir los legados de usufructo, en el caso de que concurran con legados de propiedad (2), y en opinión de algunos escritores, cuando concurren distintos legados de usufructo (3). Pero esta doctrina, a mi juicio, divide arbitrariamente el campo de aplicación de los artículos 810 y 821 y siguientes; así como los 821 y siguientes no distinguen entre reductibilidad de legados de propiedad y reductibilidad de legados de usufructo o de nuda propiedad, tampoco distingue el 810 entre los derechos del legitimario frente a uno o más legados de usufructo o a legados de usufructo en concurrencia con legados de propiedad. Ni ateniéndonos a la letra del artículo 810 puede distinguirse entre aquellos casos en que el exceso sobre la parte libre proceda de la acumulación de legados de usufructo con legados de propiedad, y aquel otro en que el exceso obedezca únicamente a la existencia de un solo y cuantioso legado de usufructo, porque es muy posible que el usufructo que por sí mismo exceda de la parte libre (y más aún el usufructo cuyos productos sean superiores a la parte libre), concurra con otros legados de los cuales una parte ulterior sea sustraída a la legítima; de aquí que la acción para reducir haya de aplicarse a una disposición que, aun estando com-

(1) Acerca de la diferencia entre el artículo 810 y el 917, v. más adelante el número 148.

(2) PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. IV, n. 105; RICCI, III, p. 389; v. Apel. Florencia, 3 Noviembre 1874, *Annali*, 1874, 2, 554; Apel. Milán, 14 Septiembre 1886, *Foro*, 1886, 1, 1.022.

(3) CHIRONI, en la *Riv. ital. per le sc. giurid.*, t. IV, p. 276; ASCOLI, en el *Foro it.*. 1890, 1, 86.

prendida entre las que regula el artículo 810, debe, según aquella doctrina, no quedar sujeta a sus efectos.

De las premisas expuestas poco ha, se induce inmediatamente la relación que existe entre los artículos 810 y 821 y siguientes, y se confirma con la colocación de estas reglas en distintos lugares del Código. Los artículos 821 y siguientes estatuyen en general los medios de reparar las posibles infracciones del derecho de los legitimarios: el artículo 810 limita aquéllos, para que los legitimarios, a quienes basta con obtener la cualidad de legítima, no perciban una cantidad mayor, y al propio tiempo, les brinda otro recurso para obtener el dominio pleno de aquélla. Habrá siempre necesidad de esa acción de reducción para asegurar, con arreglo al artículo 824 (a), la proporcionalidad del sacrificio que deben sufrir los diversos legatarios a fin de completar la legítima, y esta acción no puede ser ejercitada contra los legatarios de usufructo ni contra los mismos legatarios de propiedad que concurran con estos últimos, sin fijar las relaciones en que se halla el valor del usufructo con el de la propiedad plena (1). Pero el legitimario tiene derecho a intentarlo aun cuando haya un legado único de usufructo, más bien que para asegurarse la propiedad plena de la legítima, para defenderse contra las deducciones que se hagan de la masa por valor superior al de que se pueda libremente disponer. Cuando después de hecha esta reducción, el

(a) [Art. 820, regla 2.ª, del Cód. esp.]

(1) La reducción se realiza con arreglo a los principios de proporcionalidad. Sean l, l_1, l_2 los primitivos legados; m, m_1, m_2 los legados después de practicada la reducción, D, la porción libre: conociendo el valor de los legados primitivos y el del líquido disponible, que representa la suma de los legados una vez reducidos, se establece una proporción entre los originarios y los rebajados y se averigua el valor de los últimos

$$l : l_1 : l_2 = m : m_1 : m_2$$

$$m + m_1 + m_2 = D$$

$$l + l_1 + l_2 : D = l : m = l_1 : m_1 = l_2 : m_2$$

por tanto,

$$m = \frac{D \cdot l}{l + l_1 + l_2}; \qquad m_1 = \frac{D \cdot l_1}{l + l_1 + l_2}; \qquad m_2 = \frac{D \cdot l_2}{l + l_1 + l_2}.$$

El exceso de los legados originarios sobre los reducidos: $l - m$, $l_1 - m_1$, $l_2 - m_2$, constituye el objeto del derecho de los legitimarios. Si entre los legados hay unos de usufructo y otros de propiedad, los primeros se expresan agregando el coeficiente U, que representa siempre una fracción de la unidad, al valor de los bienes que son objeto de aquél. Ahora bien; es claro que, sin determinar el valor de este coeficiente, no se puede practicar la suma de los términos que repre-

importe de usufructo reducido su valor capital a los límites consentidos por la parte libre, supere al rendimiento de ésta, así como cuando el importe de la legítima se disminuya con una disposición que no esté sujeta a reducción, por no exceder del valor de la parte libre, entra en juego el principio del artículo 810, y el legitimario puede elegir entre respetar las disposiciones del testador o abandonar la parte libre. Y ante varios legados concurrentes de usufructo y de plena propiedad, lo que el legitimario puede abandonar para liberarse de la carga del usufructo, es la parte libre que le correspondería en nuda propiedad sometiéndose al legado; sobre la parte que corresponda a los legatarios de propiedad no tiene derecho alguno, y no hay, por lo tanto, para qué renunciarla.

146. Ignoro si los partidarios de la doctrina contraria han intentado señalar las consecuencias que deba tener la reducción que patrocinan, en el caso de concurrir legados de propiedad y usufructo. Claro está que no puede haber reducción proporcional sin que se perjudique al legatario de la propiedad o al del usufructo, si con ella hubiera siempre de reducirse la renta del usufructo a la de la parte libre. En este caso, la propiedad plena de la legítima no puede asegurársele al legitimario si no se le autoriza a usar de las facultades que le concede el artículo 810 (1).

---

sentan los legados singulares, y por tanto, no se puede obtener el valor de los distintos legados reducidos a los límites de la parte disponible. También puede hallarse esta suma, quedando el coeficiente indeterminado, si todos los legados son de usufructo; pero hallándose entonces aquél tanto en el dividendo como en el divisor, desaparece el cociente y éste no expresa el valor de los bienes sobre los cuales pueda continuar subsistiendo el usufructo después de reducido el legado, sino el valor capital del mismo; de aquí se deducirá el valor de los bienes sobre los cuales puede extenderse sólo si está determinado el coeficiente *U*, esto es, si en el caso concreto se conoce la relación entre el valor del usufructo y el de la plena propiedad.

(1) Supongamos que la herencia asciende a 100, la legítima a 50, el legado de usufructo recae sobre bienes que valen 70, y sube a 30 el valor de un legado de propiedad. Para hacer la reducción, asignemos al usufructo el valor de la mitad de la plena propiedad. Los legatarios, por razón de sus legados, tienen derecho al total de la parte disponible, dividida por la cantidad a que ascienden todos los legados; por consiguiente, al legatario de la propiedad le corresponde

$\frac{50 \times 30}{30 + 35} = 23\ ^{1}/_{13}$; y al legatario del usufructo $\frac{50 \times 35}{30 + 35} = 26\ ^{12}/_{13}$.

Pero en esta hipótesis un usufructo valorado en $26\ ^{12}/_{13}$ es un usufructo sobre

La opinión que domina se funda principalmente en los términos del artículo 810, que coloca al legitimario en la alternativa de abandonar la parte libre o ejecutar el legado, sin que pueda elegir un tercer camino, o sea, el de pedir la reducción. Pero lo que prohibe el 810 es que se pretenda la reducción de un legado de usufructo sólo porque su rendimiento exceda del de la parte libre; y el dilema entre el abandono y el cumplimiento de la disposición testamentaria resurge cuando excede el valor del legado del de la parte libre, y se pide y obtiene previamente la reducción para asegurar la cuantía de la legítima. Se observa también y se insiste mucho sobre otro extremo: sobre la incertidumbre y dificultad de valorar el usufructo, y se recuerda que la regla del artículo 810 se dictó precisamente para evitarla. Pero lo que en realidad se quiso evitar, y lo que, fuese cual fuera la intención de los redactores del Código, se evita con el artículo 810, es en primer lugar que esta incertidumbre pueda pesar sobre la suerte de la legítima; que por respetar el legado de usufructo, pueda adjudicarse al legitimario un derecho de valor aleatorio. En segundo lugar, se evita que aquella incertidumbre pueda servir para procurar a los legitimarios más de lo que la ley quiere asegurarles, y recaiga en daño de los legatarios y en menosprecio de

bienes valorados en 53 $^{1}/_{13}$; la reducción presupone el cálculo del valor de capitalización, pero no implica la transformación del usufructo en dicho valor. Hecha la reducción, queda un legado de usufructo cuya renta excede de la parte disponible: por tanto, tiene derecho el legitimario a liberarse de él abandonando la parte libre que le corresponda en propiedad y que no revierte al legatario de esta clase. Tendremos $50 - 23\,^{1}/_{13} = 26\,^{12}/_{13}$, precisamente el valor capitalizado del usufructo. Otro caso: el importe de la herencia asciende a 100, el de la legítima a 50, hay un legado de usufructo sobre la mitad de los bienes y dos legados de plena propiedad de un valor de 20 cada uno. Aquí también es necesario reducir, para que sean proporcionados los sacrificios que hay que imponer a los legatarios de propiedad y de usufructo. De consiguiente, supuesto al usufructo un valor igual a la mitad del de la propiedad, los legatarios de propiedad deberán haber $\frac{50 \times 20}{25 + 20 + 20} = 15\,^{5}/_{13}$ cada uno, y el legatario de usufructo habrá $\frac{50 \times 25}{25 + 20 + 20} = 19\,^{3}/_{13}$. Esto es, un usufructo sobre bienes por valor de 38 $^{6}/_{13}$, un usufructo cuyo producto no excede de la parte disponible calculada abstractamente, pero que excede del producto del sobrante de la parte disponible después de pagar los legados de propiedad, y por consiguiente, menoscaba la legítima. Para quedar en libertad y asegurar el pleno dominio de la legítima, el titular de ésta renuncia a la nuda propiedad de ese remanente.

las disposiciones testamentarias. Y esto sucedería cuando, sin menoscabar el legado de usufructo el derecho cuantitativo de la legítima, pudieran subordinar los legitimarios a la valoración de aquél la transformación del legado, y exigir su reducción a cambio del abandono de una parte nada más de la porción libre, esto es, de la parte que representa el valor del usufructo (1).

En cambio, si el valor del usufructo no excede del valor de la parte libre, sea poco o mucho lo que el rendimiento de aquél exceda del de ésta, los legitimarios tienen que abandonar siempre esta parte libre íntegramente; el abandono subsiguiente a la reducción del valor capital de aquel usufructo que sólo o juntamente con otros legados excede del valor de la parte libre, da al legatario un derecho proporcional al usufructo; pero no ocurre así con el abandono independiente de la reducción (2). Por eso no hay peligro sino cuando están en conflicto los derechos del legitimario o del legatario de usufructo con los de otros beneficiarios, y exija el primero la valoración y la costee; porque el resultado final que obtiene con ella, nunca es más ventajoso que el que inmediatamente obtiene abandonando la parte libre; partido que naturalmente puede tomar fundado en el exceso del rendimiento, sin cuidarse de establecer previamente si consintiendo en soportar sobre la legítima la carga del usufructo, éste podía ser o no reducido (3).

---

(1) Esta era la teoría propugnada por algunos escritores de Derecho consuetudiario francés respecto al abandono de los *acquêts;* v. más atrás la nota 1 a la pág. 378, y la nota 1 a la pág. 380. Véanse RICARD y DUPLESSIS, citados y refutados por POTHIER.

(2) Si el caudal hereditario asciende a 100, la parte libre a 40 y hay un legado de usufructo sobre todos los bienes, calculando también que el usufructo valga la mitad que la propiedad plena, el valor del legado será 50, y superará a la parte libre, y habrá que reducirlo a 40, quedando a los legitimarios la opción entre respetar el usufructo sobre 80 o abandonar la parte libre que tiene el mismo valor. En cambio, si la parte disponible es igual a 50, lo mismo un usufructo de 100 que de 60, valorado por su capitalización, no exceden de aquélla y no perjudican la cuantía de la legítima; el legitimario no podrá librarse de la carga de uno o de otro sino abandonando toda la parte libre. Sería injusto que pudiese exigir la transformación del segundo legado, cediendo al legatario únicamente la propiedad de 30, porque la transformación no serviría para asegurarle sólo la legítima, sino que, a más de ella, le otorgaría 20 sobre la parte libre.

(3) Por lo demás, si la parte libre no es inferior a la mitad de la masa hereditaria (cosa que sucede únicamente cuando concurren hijos naturales con descendientes legítimos), como es difícil que pueda asignarse al usufructo va-

147. Por otra parte, hay un caso más en que es indispensable la valoración del usufructo, independientemente de la reducción, para fijar los derechos respectivos de legitimarios y legatarios, que es aquel en que con los ascendientes, segunda clase de legitimarios, concurren hermanos y hermanas del testador, quienes conforme a los artículos 720, 740 y 807, tienen derecho a repartirse con los ascendientes aquella parte del caudal de que no haya dispuesto el causante, subsistiendo el derecho de aquéllos a recibir por lo menos la legítima (a). La ley quiere, en primer lugar, asegurar por completo la legítima; en segundo, la eficacia de las disposiciones testamentarias, y en tercero, y para la parte vacante de llamamientos testamentarios, la transmisión por el orden que ella misma establece. El artículo 810 no modifica estos postulados; aspira a facilitar solamente la conciliación entre el primero y el segundo con el reconocimiento de que a las disposiciones testamentarias, para asegurar cualitativamente la cuota legitimaria, se les dé un efecto cualitativamente distinto de aquel que intentó el disponente. Pero esta conciliación no debe realizarse a costa del sacrificio de los derechos que tienen los sucesores *ab intestato*, que están subordinados al de los legitimarios y los llamados por el disponente, pero que, aun subordinadamente y todo, están también garantizados plenamente por la ley. Los legitimarios pueden renunciar a determinar cuantitativamente el derecho de los legatarios cuando su derecho esté en oposición con el derecho de éstos, y sólo con el de ellos; pero cuando haya posibilidad de un derecho a favor de otra clase de sucesores, aquella fijación es necesaria para señalar si en el caso concreto existe ese derecho y a cuánto asciende. La renuncia a la parte libre presupone que corresponde a los legitimarios toda la nuda propiedad de ella, cosa que ocurre únicamente cuando el valor de esa nuda propiedad es igual o inferior al valor de la parte de usufructo legado que roza con la cuota legitimaria; cuando sea superior, el legado no agota la parte libre, y a ella pueden concurrir los hermanos. Por otra parte, fijada la determinación cuantitativa, puede siempre aplicarse el artículo 810 y conciliarse los derechos de las

lor mayor de la mitad de la propiedad, hay muchas probabilidades *a priori* de que no proceda la reducción, cuando no haya más que uno o varios legados de usufructo, aunque abarquen la universalidad de los bienes.

(a) [El Cód. español da siempre preferencia a los ascendientes sobre los colaterales en la sucesión legítima, sin admitir el sistema de concurrencia de los hermanos con los ascendientes que de las *Novelas* de Justiniano ha pasado a una gran parte de las legislaciones europeas.]

dos clases primeras de legitimarios, y de los legatarios de usufructo, con el abandono a favor de éstos de la porción de la parte libre que corresponda en nuda propiedad a los primeros, quedando intacta la porción correspondiente a la tercera clase, a los sucesores legítimos, y alterada la relación creada por el testamento entre ellos y los legatarios (1).

148. En el cap. I del libro IV veremos mejor cómo ha de calcularse el valor de capitalización del usufructo y el de la nuda propiedad. Bástenos ahora notar que este cálculo se funda en la cuantía del rendimiento de los bienes y en la duración probable del usufructo; y para fijar esta última, a su vez, hay que tomar en consideración la edad y condiciones de salud del usufructuario, aun cuando el testador haya fijado un límite, que será siempre un límite extremo, pero no un límite cierto.

Si el legado de usufructo, sujeto o no a reducción, es tal que su

(1) Supongamos a la masa hereditaria un valor de 100, y admitamos que exista una disposición testamentaria dejando a un extraño el usufructo de todos los bienes. A la sucesión concurren el padre y un hermano germano del testador. El padre tiene en todo caso derecho a un tercio de la herencia en pleno dominio, el hermano lo tiene a concurrir con el padre si el legado no agota la parte libre; si aceptamos que el valor del usufructo sea igual a la mitad del dominio pleno, el legado equivaldrá a 50, y los 50 restantes habrá que repartirlos entre el padre y el hermano conforme a las reglas de la sucesión intestada, que señalan la legítima del padre en un tercio del caudal, o sea aplicando combinados los artículos 740 y 807: se adjudicará al padre, por consiguiente, 33 $^{1}/_{3}$; al hermano, 16 $^{2}/_{3}$. Pero respecto al hermano se aplica por completo la disposición testamentaria, y debe cumplirse específicamente la voluntad del testador; el hermano, por consiguiente, no recibirá una sexta parte de la herencia en plena propiedad, sino un tercio de ella en propiedad nuda (pues tiene la carga del usufructo). El padre, en cambio, puede exigir la legítima en propiedad plena, y como le corresponde 33 $^{1}/_{3}$, que equivalen en nuestra hipótesis a un tercio del caudal en pleno dominio y a dos tercios de propiedad nuda con la carga del usufructo, podrá elegir o los dos tercios en nuda propiedad o exigir el dominio pleno de un tercio, abandonando al legatario la plena propiedad del otro tercio. El legatario tendrá así en todo caso el usufructo de un tercio, y a más, a elección del legitimario, el usufructo de los otros dos tercios o el pleno dominio de otro tercio, derechos que corresponden siempre a las 50 unidades patrimoniales. Esta correspondencia no es un accidente del caso propuesto; el abandono de la parte libre no puede darle más o menos del valor del usufructo, porque mediante él, cuando concurren sucesores legítimos, se fija la porción de la parte libre que queda para el legitimario, y que, por lo tanto, puede abandonar.

rendimiento perjudica a la legítima y el legitimario opta por abandonar la parte que le corresponde en la porción libre, el llamado al usufructo adquiere en pleno dominio una parte de la herencia, y por lo tanto, cambia el carácter de su relación con el testador, y se convierte, de sucesor a título singular, en sucesor a título universal (1). Con el cambio de título en la sucesión, asume necesariamente una responsabilidad directa para con los acreedores del heredero (2);

(1) Así, Apel. Turín, 11 Julio 1870, *Giur. tor.*, VII, 589; Apel. Florencia, 3 Noviembre 1874, *Annali*, VIII, 2, 554; v. PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. IV, n. 112. Es manifiesto el error de la doctrina que en el abandono de la parte libre no ve más que una modificación en el cumplimiento de la liberalidad (PROUDHON, *Usufr.*, n. 341), una novación o una dación en pago: al abandono no preexisten sólo relaciones obligatorias personales entre legatario y legitimario; hay también un derecho real, atribuído al primero por el testador; y con el abandono queda modificado este derecho real, sin que ello implique una transmisión *inter vivos* de la propiedad. El legado en nuda propiedad de bienes que excedan de la parte libre puede ser una disposición a título universal (en el cual caso no existe vínculo obligatorio de ninguna clase entre el favorecido y el legitimario); pero si tiene por objeto bienes en absoluto determinados, y hay por lo tanto en su origen una disposición a título particular, con el abandono del legitimario sufre igualmente una transformación. El llamado a la nuda propiedad no completa el dominio de *aquellos bienes,* consolidando la nuda propiedad con el usufructo que corresponde al legitimario; pero a cambio de la nuda propiedad de *aquellos bienes,* adquiere la propiedad plena de una cuota que se determina en relación con el total de la herencia.

(2) Según LAURENT (t. XII, n. 155), el legatario del usufructo recibiría en cambio como legado a título particular la parte libre una vez deducidos los débitos. Pero como advierte con justicia PACIFICI-MAZZONI *(loc. cit.),* el carácter del título lo determina su contenido exclusivamente, y la sucesión en la parte libre, que es una parte alícuota de los bienes, es sucesión a título universal. Esta doctrina de LAURENT engendraría la consecuencia gravísima de subordinar el abandono efectivo de la porción libre a una liquidación previa del patrimonio; para calcular la cuantía de la parte disponible, a fin de reducir las disposiciones testamentarias, es necesario siempre detraer los débitos del caudal relicto; pero esta operación matemática no implica que sólo a los legitimarios se les imponga la carga (y el derecho) de satisfacer el pasivo con bienes hereditarios, dejando líquida a los demás sucesores la parte de libre disposición. En suma, que ésta debe ser abandonada por los legitimarios en las mismas condiciones en que la reciben, por voluntad del testador, los herederos extraños instituídos por él; o por voluntad de la ley, los sucesores *ab intestato* que concurran eventualmente con los legitimarios: es una parte del caudal que viene a determinarse con la partición, que aquéllos pueden desde luego exigir, y en que, mediante la liquidación del pasivo, tienen el derecho y la obligación de participar.

y para evitar precisamente la carga y el riesgo de esta responsabilidad puede convenir al legatario de usufructo oponerse al abandono y exigir respeto total a lo dispuesto en el testamento cuando el importe del usufructo no exceda del de la parte libre.

149. Como, por otra parte, la cesión o abandono no tiene el valor de una simple renuncia y transforma el derecho del legatario, no es susceptible de surtir estos efectos cuando no concurran las condiciones a que la ha sometido la ley; y no podrá privarse a los legitimarios de que se revuelvan eficazmente contra sus propios actos y previa la prueba de que hubieran obtenido la propiedad libre y plena de la legítima cumpliendo íntegramente el legado, exijan la anulación del abandono (1). No quiere esto decir que puedan cambiar arbitrariamente la voluntad declarada en cualquiera forma, porque ninguna forma exige la ley para que produzca estos efectos

(1) De los *Motivi d. cod. per gli stati sardi*, t. II, ps. 66-67, resulta claramente que la condición expresa exigida para el ejercicio del derecho de abandonar la parte libre, obedece al propósito de defender a los legitimarios contra sí mismos; pues, de otra suerte, «para disfrutar más pronto y disipar los bienes, podrían, *aun en perjuicio suyo*, brindar la propiedad de su parte en la porción libre». Según el artículo 917 del Código francés, el abandono está subordinado al requisito de que el *valor del usufructo* exceda de la parte libre. Si hubiésemos de tomar al pie de la letra esta regla, sería completamente insuficiente para lograr el propósito de asegurar la propiedad de la legítima; es también insuficiente el artículo 917, porque no permite ejercitar el abandono frente a un legado de nuda propiedad. La doctrina dominante impugna la interpretación literal, que se apoya en el informe de JAUBERT al Tribunado (LOCRÉ, *Lég. de la Fr.*, t. XI, p. 554), principalmente porque en ningún caso evitaría la dificultad y la incertidumbre de la valoración del usufructo. Conforme a la tesis aquí desarrollada, lo que importa evitar no es la incertidumbre de la valoración, sino la incertidumbre de la carga que acarrea el usufructo a la legítima, cosa que consigue nuestra ley, incluso cuando se deba o se quiera valorar, porque el derecho al abandono es independiente de ello. Algunos intérpretes del Código francés (COIN-DELISLE, ad a. 917, nn. 7-8; MARCADÉ, ad a. 917, n. 4) quieren que el exceso del importe constituya un requisito para la opción; pero esto no es aclarar, sino rehacer la ley. Los más, para esquivar las consecuencias de la interpretación literal, declaran que el presupuesto de la opción no es un requisito de ella, ni para el legitimario ni el legatario, y la dejan al arbitrio completo del primero, que la podrá ejercitar aun sin justificar previamente el exceso (TOULLIER, V, 141, 142; PROUDHON, *Usufr.*, 338 y sigs.; TROPLONG, *Disp. test.*, 836; AUBRY y RAU, § 684 bis, n. 64, etc.). Reconozco, por lo demás, que la teoría expuesta en los números anteriores, cuyo punto de arranque es la distinción entre usufructo cuyos productos rebasen el

cuando a su vez hayan expresado los legatarios su voluntad de aprovechar el abandono (1); del propósito manifestado de cumplir las disposiciones, no pueden nunca desdecirse (2); pueden retractarse del abandono cuando prueben que al mismo le faltaba causa (3). Para asegurarse el beneficio que pueda reportarles, en interés de los legatarios, procede acreditar previamente el exceso del importe, mediante peritos, si el usufructo no recae sobre una parte del as hereditario, sino sobre determinados bienes (4).

Los tratadistas creen, en su mayor parte, que la opción corresponde individualmente a los legitimarios en particular, y que uno cualquiera de ellos puede optar por el abandono de la parte que le corresponda en la porción libre, y otro preferir la ejecución fiel de la disposición testamentaria, soportando el usufructo sobre su legítima (5). Aun cuando así se empeore la condición de los legatarios,

de la parte libre, y usufructo cuyo valor sobrepuje al de la misma parte de libre disposición, no es de aplicar ante el texto del artículo 917. Este exige hacer otra distinción: el presupuesto de la opción es la posibilidad del abandono, y si aquélla excluye la reducción, la excluye cuando el legitimario tenga derechos sobre la parte libre; derechos de que carece cuando esta última haya sido absorbida, aparte los legados de usufructo, por los legados de propiedad; en este caso la reducción, no sólo es posible, sino que es necesario realizarla tomando como base el valor de capitalización del usufructo (DURANTON, t. XIV, nn. 124 y sigs.). Y como a causa de la reducción adquiere el legitimario la nuda propiedad de una parte de la porción libre, después de la reducción reaparece la facultad para optar del artículo 917. Modificando este artículo, como se hizo en el Código Albertino y en el nuestro, no se trató de ampliar la aplicabilidad de la acción de reducción; pero me parece que si se ha conseguido tal resultado, además de borrar la duda que existía acerca de si el legitimario, con el abandono, podía defenderse de un legado de usufructo que no afectase el derecho cuantitativo de la legítima, se ha suprimido de esta suerte la incongruencia de trato entre los legados de usufructo; los cuales, en el sistema contrario, corren el riesgo de ser pagados íntegramente, aun cuando excedan del valor de la parte libre, cuando no haya legados concurrentes de propiedad.

(1) Antes que los legatarios hayan aceptado el abandono, no obliga a los legitimarios la manifestación de esta voluntad, como no vincula al heredero la renuncia de la herencia si no ha mediado aceptación por los demás herederos.

(2) Así, Apel. Ancona, 24 Septiembre 1890, *Legge*, 1890, 2, 698; Cas. Roma, 7 de Julio de 1891, *C. sup. Roma*, 1891, 2, 253.

(3) Los acreedores de los legitimarios pueden pretender, desde luego, la revocación del abandono hecho en fraude de sus derechos.

(4) PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. IV, n. 104.

(5) PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. IV, n. 106; PROUDHON, *Usufr.*, 342; DEMOLOMBE, *Don. et test.*, II, 454; AUBRY y RAU, § 684 *bis*, n. 15.

que por una parte están obligados a conservar el usufructo y por otra a adquirir la propiedad, sin una disposición legal que para estos casos modifique el principio de la división de las cargas de la sucesión entre los herederos (art. 868) (a) no cabe otra solución; no se pueden invocar las reglas de las obligaciones alternativas, en que el deudor o los herederos del deudor no pueden obligar a los acreedores a recibir parte de una y parte de otra de las cosas debidas (1); están fuera de lugar, porque aquí no hay obligación alternativa alguna, sino una obligación facultativa; lo adeudado por los herederos es sólo la prestación del usufructo, y el sustituirla con el abandono de la parte libre es una facultad concedida por la ley a los deudores singulares, con cuyo ejercicio no se modifica la índole de la obligación originaria (2). No es verdad que sea requisito del abandono el hacerlo de toda la parte libre (3); hemos visto que un solo legitimario puede liberarse del usufructo abandonando una parte cuando sólo una parte se le transmite; y no son aplicables por analogía las reglas especiales que rechazan la división de la acción de retracto y de la acción de rescisión entre los herederos del vendedor (4), porque se fundan en la obligación de éste de colocar al comprador en el estado en que se hallaba antes de la venta.

Los llamados conjuntamente al usufructo, han de recibir el mismo derecho, y no puede el legitimario modificar su naturaleza respectiva, ejecutando parcialmente la disposición; como no puede dar a un solo usufructuario parte de la porción libre y soportar sobre una parte de la legítima la carga del usufructo. En cambio, es cierto que cuando hay varios y distintos legados de usufructo, puede la opción ejercitarse contra los diferentes legatarios, abandonando a uno parte de la porción libre y ejecutando la disposición testamentaria en favor de otro. Esta opción puede ser precedida de la acción para reducir, y requiere que se valoren los diversos derechos de usufructo, para fijar qué porción de la parte libre deba corresponder a cada uno, a consecuencia del abandono (5). Si el testador ha mostrado en la disposición una preferencia

(a) [Art. 859, § 2.° del Cód. esp.]

(1) Artículo 1.177. Cons. GIORGI, *Obbligaz.*, t. IV, n. 425.

(2) Así, PROUDHON, *Usufr.*, n. 342.

(3) Como sostiene RICCI, t. III, n. 301.

(4) Como dice DURANTON, t. VIII, n. 346.

(5) Si fuese igual respecto a los diversos legatarios el coeficiente que sirve para fijar el valor del usufructo en relación con el de la propiedad plena, podría fijarse también, sin determinar la parte de la porción libre correspon-

expresa por uno de los legados, cuyo rendimiento no rebase el de la parte libre, la reducción, para dejar completa la legítima mediante el abandono, se hace sólo respecto a los demás.

Si el legitimario opta, en vez del abandono, por la ejecución del legado, carece de derecho para buscar otras defensas contra la carga que asume, y no puede, sobre todo, pretender del usufructuario que afiance si el título le exime de ello expresamente (1). Esto equivaldría, no a ejecutar la disposición testamentaria, sino a mutilarla. Al ejercitar el derecho de elección, cabe ya tener en cuenta el mayor daño que puede originar un usufructo exento de fianza; si, por último, peligrase la propiedad de la legítima por la mala gestión del usufructuario, para reprimir el daño que no pudo preverse, queda siempre el recurso de pedir la prestación de la fianza o la cesación del usufructo (art. 516) (a).

150. Si el legado de usufructo está sujeto a condición suspensiva, puede el legitimario suspender su opción hasta que la condi-

diente a cada uno; en cambio, sin determinarlo, no puede establecerse qué extensión hayan de tener los legados de usufructo reducidos (v. más atrás nota 1 a la pág. 382). Supongamos que el as hereditario asciende a 100, y a 50 la parte libre, y que se haya legado a A el usufructo de 35, y a B el usufructo de 25; abandonada la parte libre, de ella corresponderá a A y B, en junto, 50, y se prorrateará en la relación en que están el usufructo de 35 y el usufructo de 25.

$$A + B = 50$$

De donde sale la proporción:

$$A : B = 35\ U : 25\ U$$

En su virtud, tendremos:

$$50 - B = \frac{35\ B}{25}$$

Y despejando el valor de cada término, resultará:

$$B = 20\frac{5}{6} \quad \text{y}\ A = 29\frac{1}{6}$$

Pero vuelve a necesitarse la valoración si el coeficiente del usufructo es distinto para los diversos legatarios. De todas suertes, la valoración del usufructo sirve para fijar frente a los otros legatarios, y no respecto a los legitimarios, la parte que corresponde a los diferentes individuos, que es proporcional; pero no igual, al valor del legado; en tanto que es igual en el caso de reducción y cuando, mediante la valoración dicha, viene determinada la parte que toca a los sucesores legítimos frente a los legatarios. V. más atrás nota 1 a la pág. 388.

(1) En contra, Apel. Génova, 26 Febrero 1881, *Foro*, 1882, 1, 637.

(a) [Comp. art. 520 Cód. esp.]

ción se cumpla; pero también puede realizar aquélla y condicionarla desde el momento mismo de la apertura de la sucesión. Lo propio ocurre en caso de haber plazo dilatorio; porque el usufructo aplazado se convierte necesariamente en un usufructo sujeto a la condición de que el favorecido sobreviva al término (1). Hasta el cumplimiento de la condición o del término, el legitimario puede conservar el usufructo de la parte libre, y transmitir en aquel momento al legatario la propiedad, con lo que resultará investido de la cualidad de heredero con efecto retroactivo desde la apertura de la sucesión. Si por el contrario, está dispuesta la extinción del usufructo después de un plazo cierto o incierto, o aquél ha de resolverse al cumplirse una condición, y recaer entonces en el heredero, el legitimario no puede reservarse la eventualidad del cese de los efectos del legado en el acto en que se asegura la libre propiedad de su cuota; al transformar en heredero al legatario mediante el abandono, lo inviste a perpetuidad de la representación hereditaria (2). Cuando el legatario es llamado al usufructo bajo una condición potestativa negativa y ofrece afianzar, por virtud del abandono se convierte en heredero; pero persistirá su llamamiento *sub modo*, y al incumplimiento de la carga seguirá su obligación de restituir al legitimario el equivalente de la liberalidad que hubo de otorgársele (3).

Mayor dificultad ofrece el caso en que se legue el usufructo de una misma cosa por cierto tiempo a una persona y después a otra, o a dos legatarios en períodos alternativos de tiempo; y también la hipótesis en que, al cumplimiento de la condición resolutoria, no deba consolidarse el usufructo con la propiedad, sino pasar aquél a otro legatario. El abandono de la parte disponible no puede producir el efecto de convertir al primer llamado en heredero a término o bajo condición resolutoria; pero tampoco debe perjudicar el derecho del segundo.

Si se impuso una condición resolutoria al primer legado, y se dispuso la transmisión a un segundo beneficiario al cumplirse aquélla, no hay posibilidad de dividir la opción, porque se trata del derecho mismo de que según el testador debe investirse a uno o a otro de los llamados. Pero elegido el abandono, y no pudiendo el primer llamado llegar a ser heredero bajo condición resolutoria, no hay más remedio, para salvaguardar el derecho del segundo, que

(1) V. más atrás n. 97 *in fine*.

(2) *Contra:* AUBRY y RAU, § 684 *bis*, número 17.

(3) V. *supra*, n. 123.

transformar la condición resolutoria en condición suspensiva contraria y asignar en propiedad al segundo la parte libre, bajo esta condición, dejando el usufructo al primero, pendiente la condición, y reservándole al mismo tiempo la adquisición de la propiedad, si llegara a faltar la condición suspensiva.

Si, en cambio, es un plazo lo que limita el primer legado, no puede adoptarse la misma solución, con la que se garantizaría perfectamente el derecho del segundo, que es un derecho eventual, porque está subordinado a la condición de su supervivencia, y con el usufructo de la parte libre vendría a darse al primero muy poco en comparación con el segundo, quien sobreviviendo al término adquiriría la propiedad; en tanto que ejecutando la disposición testamentaria, ambos adquirirían un derecho de igual clase. Por eso, me parece solución mejor la de adjudicar parte de la porción libre al primero, y parte al segundo legatario, pero bajo condición de supervivencia. Transformado en propiedad el usufructo, hay que transformar el reparto de la utilidad derivada de la sucesión en el disfrute, convirtiéndolo en un reparto procedente de la constitución de distintos poderes sobre distintos objetos. Y deduciendo rigurosamente de la premisa expuesta, o sea la de que en este caso hay diferentes legados, no veo dificultad en autorizar al legitimario, previa valoración y reducción en su caso, para que abandone una parte proporcional de la cuota libre al primero o al segundo, y mantenga para éste o para aquél la eficacia del legado de usufructo durante el tiempo designado por el testador, sobre la parte libre que no haya sido detraída por el abandono y sobre la legítima.

151. Los hijos naturales y sus descendientes legítimos tienen derecho a una parte alícuota del haber hereditario en dominio pleno, la cual se les asegura con iguales garantías que las disfrutadas por los legitimarios (arts. 815, 818, 820) (a). Cuanto hemos dicho acerca de la protección de la legítima debida a los descendientes y ascendientes frente a los legados de usufructo y de nuda propiedad, es de aplicar aquí a los hijos naturales; con la diferencia, sin embargo, de que cuando concurren con descendientes legítimos, están facultados éstos para satisfacer en metálico los derechos de aquéllos (arts. 815, 744) (b); y por eso no se da respecto a los hijos naturales la opción entre el abandono de la parte libre y el cumplimiento

(a) [Arts. 807 y 840 a 847 Cód. esp.]
(b) [Art. 840, § 2.°, Cód. esp.]

del legado, sino después que los descendientes legítimos han preferido entregarles en especie la porción del haber que corresponde a su cuota legitimaria.

En cambio, al cónyuge supérstite se le reserva siempre, y sólo en usufructo, una parte del caudal hereditario. Cuando concurre un cónyuge con descendientes legítimos, carece de todo derecho a participar en la propiedad de la parte libre de que no se haya dispuesto, y por eso no puede nunca acogerse al recurso del artículo 810 para obtener íntegra su cuota. Su defensa contra el legatario de usufructo, queda por lo tanto, exclusivamente, bajo el imperio de las reglas contenidas en los artículos 821 y siguientes, y del principio sancionado en el 808, que implícitamente invoca y aplica también al cónyuge el artículo 820. Podrá exigir que sean reducidos, no sólo las donaciones y legados que absorban en todo o en parte el usufructo que le está reservado, sino también los legados de usufructo representativos de un valor inferior a la parte libre, cuando afecten a la parte del caudal sobre la que le está reservado el usufructo; el legado no podría ser satisfecho íntegramente en la forma ordenada sin perjudicar la legítima del cónyuge, y el legatario no tiene derecho a pretender la transformación parcial en un legado de propiedad. El descendiente legitimario ningún beneficio experimenta con esta reducción, porque tiene la alternativa entre ejecutar el usufructo, reducido para completar la legítima del cónyuge, y el abandono al legatario de la totalidad de la parte disponible (1).

Cuando, en cambio, el cónyuge es el único sucesor legítimo, o concurre con sucesores legítimos o con legitimarios distintos de los descendientes, se encuentra frente a los legatarios del usufructo en la misma posición que los demás legitimarios, porque transmitiéndose *ab intestato* la porción de la parte libre vacante, le corresponde una fracción de ella en propiedad, y no puede pretender la reducción del legado de usufructo para asegurarse la legítima, y conservar simultáneamente aquella porción de propiedad con que

(1) Supongamos que el caudal asciende a 100, la legítima del hijo a 50, la del cónyuge en usufructo a 25 y el legado de usufructo a 80. El valor de la parte libre es 37,5, si el usufructo del cónyuge vale la mitad del pleno dominio. Supongamos que no exceda de la parte libre el valor del legado, como ocurre si el usufructo legado se calcula por bajo de la mitad de la propiedad plena. Esto no obstante, el cónyuge tiene derecho a que se reduzca a un usufructo de 75. Y el hijo, o soportará el usufructo sobre toda la cuota de legítima, o cederá al legatario la parte libre, esto es, la nuda propiedad de 25 y el dominio pleno de 25.

aumenta la cuantía de su derecho. Por ello, en este supuesto, y previa en su caso la reducción de los legados de propiedad y de usufructo, calculado en su valor de capitalización para completar la cuantía de la legítima, si el legado de usufructo se extiende a la parte de bienes que corresponden en usufructo al cónyuge, éste puede elegir entre cumplir el legado dándose por compensado con la adquisición de la nuda propiedad o abandonar la nuda propiedad al legatario (1).

Por motivos de analogía, vuelve aquí a ser oportuno que nos ocupemos también de una singularidad que origina la tutela de la legítima del cónyuge frente a los legados de dominio pleno, en vez de tratarlo en el capítulo IV. El derecho de usufructo del cónyuge y el derecho de propiedad de los beneficiarios, están en relación análoga a la que existe entre el derecho de propiedad de los legitimarios y el derecho de usufructo de los favorecidos; pueden par-

(1) Por ejemplo, sea 90 el as hereditario y 30 la legítima del cónyuge en usufructo, 60 un legado en pleno dominio y 30 un legado de usufructo; admitamos que el usufructo equivale a la mitad de la propiedad. La legítima vidual tendrá un valor de 15, la parte libre de 75, y los dos legados de 60 + 15 no excederán del importe de ésta ni quedarán sujetos a reducción. Si bien el valor de 30, que es lo que queda del caudal después de pagado el legatario de propiedad cubre la cuantía del derecho correspondiente al cónyuge y al legatario del usufructo, sobre este remanente no pueden constituirse dos derechos de usufructo por valor de 30 cada uno, y el cónyuge, que tiene la preferencia, puede pretender que se le entregue íntegra la legítima, aun cuando haya de abandonar el equivalente en nuda propiedad al legatario d usufructo. Si no quiere abandonar ésta, que le corresponde por sucesión *ab intestato*, la obtendrá sólo en lugar de la legítima, y habrá de pagar íntegramente el legado de usufructo. Si en la misma hipótesis el valor del usufructo del legatario fuera $^3/_5$; esto es, 18, el total de los dos legados excedería del de la parte disponible, $60 + 18 > 75$, y el legatario del usufructo podría oponerse al abandono de la nuda propiedad de 30; es decir, de la parte de caudal que queda después de pagado el legatario de propiedad, porque al adquirirla vendría a sufrir una reducción del valor de su legado, y a la reducción tienen que sujetarse proporcionalmente todas las disposiciones testamentarias. El legatario de propiedad, por consiguiente, debería recibir $\frac{75 \times 60}{60 + 18} = 57\ ^{27}/_{39}$, y el legatario del usufructo, a elección del cónyuge, o el usufructo reducido al valor de $\frac{75 \times 18}{60 + 18} = 17\ ^{12}/_{39}$; o sea (dado el coeficiente $^3/_5$), el usufructo sobre $28\ ^{33}/_{39}$, o cuanto quedase de la parte disponible después de satisfecho el legado reducido de propiedad; o sea, la nuda propiedad de 30 y el dominio pleno de $2\ ^{12}/_{39}$.

cialmente ser incompatibles, aunque sumados no representen un valor superior al caudal. Ahora bien: el derecho que corresponde al cónyuge, como a los demás legitimarios, para completar cualitativamente la legítima, es decir, el derecho a exigir la reducción de los legados de propiedad, no está subordinado por la ley al previo abandono de la porción de la parte libre que se le transmite *ab intestato*, como está subordinado tal derecho cuando se trata de reducir legados de usufructo; por tanto, podrá indudablemente ocurrir que el cónyuge que no ha sido tomado en consideración por el testador, venga a obtener más de la legítima, y que el legatario de propiedad sufra la reducción consistente en soportar parte de la carga del usufructo aun cuando el valor del legado sea inferior a la parte disponible, sin obtener en compensación el aumento objetivo del legado ni una porción mayor en nuda propiedad (1). La singularidad aparecerá aún más notoria cuando el cónyuge necesite defender su legítima de usufructo contra legados concurrentes de usufructo y propiedad que, reunidos, superen el valor de la parte disponible; porque después de hecha la reducción cuantitativa, puede el legatario de propiedad verse obligado a sufrir sin compensaciones, además de la reducción del legado, la carga del usufructo del cónyuge; y el legatario de usufructo, recibir la nuda propiedad transmitida al cónyuge cuando éste no ejecute el legado reducido (2).

---

(1) As hereditario 90, legítima en usufructo del cónyuge sobre 30, equivalente en hipótesis a 15; legado en pleno dominio, 70; valor de la parte libre, 75. Para seguridad del usufructo de 30, tiene el cónyuge derecho a gravar en 10 la propiedad del legatario, sin cederle, ni en todo ni en parte, la nuda propiedad de 20, que se le transmite *ab intestato*.

(2) As hereditario 90, legítima del cónyuge en usufructo 30 (equivalente a 15), parte libre 75, legado de propiedad 70, legado de usufructo sobre 20, equivalente a 10. El legatario de propiedad deberá haber $\frac{75 \times 70}{70 + 10} = 65\ ^5/_8$, pero por $5\ ^5/_8$ deberá sufrir el usufructo del cónyuge; el legatario del usufructo, deberá haber $\frac{75 \times 10}{70 + 10} = 9\ ^3/_8$; o sea, el usufructo de $18\ ^6/_8$; y si el cónyuge no cumple la disposición, conservando la nuda propiedad, adquirirá toda la nuda propiedad correspondiente al cónyuge; o sea, en vez del usufructo de $18\ ^6/_8$, la nuda propiedad de $24\ ^3/_8$.

§ 6. El impuesto sobre las sucesiones.

Sumario: 152. Aplicación del impuesto sobre las sucesiones a los legados de usufructo y de nuda propiedad. - 153. Valoración del usufructo y detracción de las cargas que lo gravan. - 154. Imposición sobre el usufructo condicional. 155. Impuesto sobre el usufructo legado a varias personas en períodos sucesivos de tiempo y sobre el usufructo conjunto.

152. Toda adquisición de bienes por causa de muerte está sujeta a un impuesto proporcional a su valor que toma el nombre de *impuesto de registro*, porque se cobra después de registrar la declaración de la transmisión. La necesaria falta de lógica de la aplicación de este principio fundamental al legado de usufructo es una nueva prueba de la anormalidad de tal institución jurídica, con cuya constitución se logra en sustancia disponer una doble transmisión sucesiva de los mismos bienes, contraria al espíritu de la ley que prohibe el fideicomiso con obligación de restituir. Si hubiera de aplicarse con rigurosa lógica el principio de la ley fiscal a la construcción jurídica del legado de usufructo, habría que reputar que los mismos bienes se transmiten una sola vez, pasando, por una parte, del testador al heredero o legatario de la nuda propiedad, y por otra, al legatario del usufructo; y por lo tanto, debería liquidarse por el valor de la nuda propiedad con un impuesto únicamente al primero, y liquidarse por el valor del usufructo a cargo del segundo (1), como sucede cuando de la totalidad de un patrimonio transmitido al heredero se separan y adjudican algunos bienes a título singular; el valor de los legados se detrae entonces del caudal imponible, y el impuesto sobre los legados se liquida a

(1) Unicamente en las relaciones con la Hacienda se considera al heredero deudor del impuesto sobre el legado. El artículo 877 del Código civil le concede una acción de reembolso contra el legatario, y el artículo 50 de la ley fiscal pertinente considera al legatario deudor principal, salvo la acción solidaria de la Administración contra los herederos. Así, Cas. de Roma, 4 de Julio de 1879, *Legge*, 1879, 2, 367: el heredero es fiador solidario de los legatarios. A consecuencia de esto se resolvió que el impuesto sobre el usufructo legado no constituye un suplemento del impuesto que debe satisfacer el heredero sobre la nuda propiedad (Apel. Venecia, 29 de Mayo de 1883, *Legge*, 1883, 1, 67); de lo que se deduce que el heredero no puede oponerse judicialmente al mandato de pago sin haberlo satisfecho (Ley de Registro, arts. 132, 135). Por otra parte, los bienes legados en usufructo están sujetos también a la hipoteca que ase-

cargo de los legatarios (Ley del impuesto de Registro, texto único de 13 de Septiembre de 1874, art. 50). Además, lo que el primero adquiere del testador es la propiedad gravada con el usufructo, y el valor que habría de tomarse como base en tal transmisión debiera ser el que tiene la propiedad gravada cuando la sucesión se abre, esto es, el valor de la nuda propiedad; de igual suerte que quien adquiere una propiedad gravada con una servidumbre satisface un impuesto tanto menor cuanto la existencia de la servidumbre disminuye su valor venal. La ley de Registro francesa (ley de 22 frimario, año VII, art. 17) grava en cambio desde la apertura de la sucesión la transmisión al heredero o al legatario de la nuda propiedad con un impuesto proporcional al valor de los bienes en pleno dominio, independientemente del impuesto proporcional al valor del usufructo, que corre a cargo del usufructuario. Para justificarlo, se dice que en el momento mismo en que es adquirida la nuda propiedad, se adquiere también el derecho al disfrute para después de la muerte del usufructuario, esto es, que se adquiere en potencia la plena propiedad (1). Está bien; pero precisamente es el *valor actual de este derecho futuro* de pleno dominio el que representa el valor de la nuda propiedad; si quiere fijarse lo adquirido *en el momento de la apertura de la sucesión* no se le puede trasladar al instante en que podrá ejercitarse el derecho, sino que debe reducirse al valor actual el valor que tendrá entonces (2). Si adquiere hoy un derecho a alcanzar la propiedad de 100 al terminar el usufructo, es lo mismo que si adquiriese hoy 50, o la fracción de 100 que resulte detrayendo el valor del usufructo; y la ley que me grava con un impuesto sobre el valor de 100, aun cuando formalmente se atenga a la transmisión de bienes operada a la apertura de la sucesión, en realidad me constituye por anticipado en deudor a causa de la

---

gura al Estado el pago del impuesto de sucesión por los herederos (Cód. civ., artículo 1.962, apartados 1 y 2; ley de Registro, art. 89); el usufructuario obligado al pago tiene derecho a ser reembolsado por los herederos (Cas. Turín, 16 Marzo 1880, *Foro*, 1880, 1, 1.277; Apel. Génova, 17 Diciembre 1883, *Massime*, 1884, 110), pero no puede oponerse al pago, aun cuando él haya satisfecho el impuesto sobre su legado (Cas. Nápoles, 3 Diciembre 1877, *Annali*, XII, 1, 220); LUZZATI, *Privilegi e ipot.*, t. I, n. 823. *Contra:* CLEMENTINI, *Tasse di reg.*, t. II, p. 125.

(1) PROUDHON, *Usufruit*, t. II, n. 780.

(2) Que es lo que se hace precisamente averiguando qué capital, colocado a interés compuesto por toda la duración del usufructo, nos daría, al terminar éste, el valor que tendrá entonces el pleno dominio. V. libro IV, cap. I.

transmisión que en mi beneficio ocurra al cesar el usufructo.

Nuestra ley (art. 17) modifica el sistema fiscal de la ley francesa sólo en cuanto aplaza hasta la extinción del usufructo la obligación de pagar el impuesto sobre la diferencia entre el valor de la nuda y el de la plena propiedad, manteniendo, mientras tanto, a cargo del legatario, el impuesto correspondiente al usufructo (artículo 16). El impuesto que incumbe al heredero o legatario de la nuda propiedad es proporcional siempre al valor íntegro de los bienes, pero el pago lo hacen en dos épocas distintas: a la apertura de la sucesión, por el valor de la nuda propiedad; al extinguirse el usufructo, por el valor que se le dió al detraerlo del pleno dominio. Y como paga más el que paga más pronto, el impuesto viene así a ser inferior al del sistema francés, pero superior siempre al que debería satisfacerse si se reconociera que bajo la forma del usufructo hay una doble transmisión de los mismos bienes; porque en este caso, al abrirse la sucesión no habría otra materia imponible que el usufructo; y únicamente al extinguirse éste debería pagar el valor entero de la cosa el legatario de la propiedad. De todas suertes, es evidente que paga dos veces el legatario de la propiedad: por lo que primero adquiere como derecho futuro, y por lo que adquiere después como derecho actual; la segunda, no como un nuevo aumento del patrimonio, sino porque este aumento, computado ya la primera vez, deriva de una nueva adquisición (a). Y aparece mayor la

(a) [Muy análogo al sistema de la ley italiana era el adoptado en nuestra Patria por el Reglamento de 20 Abril 1911. El usufructuario y el nudo propietario habían de abonar el impuesto que correspondiese, tomando como base la tasa que se establecía para el usufructo y para la nuda propiedad, sin perjuicio de que al extinguirse el usufructo completase el nudo propietario el pago del impuesto, abonando el que procediese por el total valor de los bienes adquiridos, cuya plena propiedad consolidaba, con deducción de lo pagado por la nuda propiedad, practicándose la liquidación al tipo que procediera, según la tarifa vigente, al tiempo de constituirse aquélla (art. 65). En la actualidad, el art. 66, párr. 7.° del Reglamento de 26 de Marzo de 1927, desenvolviendo la regla 6.ª del art. 5.° del texto refundido de la Ley de los Impuestos de derechos reales y sobre transmisiones de bienes, de 28 Febrero anterior, establece que en los usufructos constituídos por testamento o por ministerio de la ley, abonarán el usufructuario y el nudo propietario el impuesto que corresponda, sin perjuicio de que al extinguirse el usufructo satisfaga el impuesto el nudo propietario, sirviendo de base liquidable el tanto por ciento correspondiente al valor del usufructo al tiempo de su constitución, aplicado, según lo prevenido en el último párrafo del art. 57, al valor que los bienes tuviesen al verificarse la extinción, y girándose la liquidación con sujeción a la tarifa vigente en este momento.]

singularidad de este sistema si comparamos la cuantía del impuesto que grava al instituído en nuda propiedad con la que pesa sobre el heredero gravado con el pago de una renta vitalicia. El valor de capitalización de la renta vitalicia, calculado conforme a lo previsto en el artículo 18, se detrae del caudal imponible como todas las demás cargas de la herencia; y el beneficio patrimonial que recibe el heredero en el momento de cesar la carga de la renta, no está sujeto a impuesto alguno; se entiende comprendido en el valor que hubo de asignarse ya a la herencia gravada con la renta. Y es evidente asimismo que la imposición adecuadamente lógica a la construcción jurídica del usufructo chocaría con la naturaleza económica de la relación a que da lugar aquél.

153. Como usufructo legado explícitamente tributa el disfrute legado al heredero sobre bienes que ha de transmitir a un legatario cuando transcurra un plazo o al cumplirse una condición (1).

Para aplicar el impuesto, la ley (art. 16) da criterios fijos a fin de que se pueda determinar el valor del usufructo; le asigna el de la mitad del valor de la cosa, cuando resulte que el usufructuario o la persona por cuya vida se constituye la duración del usufructo, no llega a los cincuenta años de edad; lo equipara a la cuarta parte, cuando los ha cumplido; si la duración del usufructo es menor de diez años, establece el cómputo sobre la base de tantas vigésimas como años de duración; y cinco vigésimas a lo más cuando el usufructuario haya cumplido los cincuenta años (a). No hay regla para

---

(1) Cas. Roma, 18 Febrero 1879, *Legge*, 1879, 2, 248.

(a) [En la ley española vigente de 28 de Febrero de 1927, el valor del derecho real de usufructo se ha de estimar en la forma siguiente: *a)* En los usufructos temporales, se reputará proporcional al valor total de los bienes, en razón de un 10 por 100 por cada período de cinco años, sin exceder nunca del 70 por 100; *b)* En los usufructos vitalicios se estimará que su valor es igual al 70 por 100 del valor total de los bienes, cuando el usufructuario cuente menos de veinte años, y que va decreciendo a medida que aumenta su edad, en la proporción de un 10 por 100 menos, por cada diez años más, siendo, en todo caso, el límite de esta regresión el 10 por 100; *c)* Si el usufructo se establece con condición resolutoria distinta de la vida del usufructuario, se liquidará por las reglas establecidas para los usufructos vitalicios, a reserva de que, cumplida la condición resolutoria, se practique nueva liquidación conforme a las reglas establecidas para el usufructo temporal, y se hagan, en virtud de la misma, las justificaciones que procedan en beneficio del Tesoro o del interesado (art. 5.º, regla 6.ª).]

fijar el valor del usufructo legado a una persona jurídica sin determinación de tiempo; pero como éste no puede exceder de treinta años, no hay duda de que habrá de aplicársele el primer tipo, y, por lo tanto, contribuir por la mitad del valor de la cosa (1).

Las deudas hereditarias y los legados de propiedad y de cantidad representan una disminución de capital, y por ello queda también disminuída la cuantía del disfrute que corresponde al usufructuario de un patrimonio o de una cuota del mismo. Para fijar el valor imponible de este usufructo, hay, por consiguiente, que detraer de la masa hereditaria el importe de aquellas deudas y de aquellos legados; como es asimismo necesario para establecer el valor imponible del haber de los herederos y dar al residuo el coeficiente que, según la variedad de casos, expresa la relación del usufructo con la propiedad (2). Pero cuando sobre la masa hereditaria gravan legados de renta, no es aplicable este procedimiento. El valor que asigna la ley a la renta para fijar el impuesto a cargo del beneficiario, no es el del capital necesario para satisfacer con los intereses el importe de la renta; no corresponde, por consiguiente, al capital de cuyo goce resulta privado el usufructuario, sino que representa el valor actual de las anualidades acumuladas que presumiblemente habrán de satisfacerse. La rebaja de este valor legal de la renta reduce, con bastante aproximación, la cuantía del patrimonio al valor que tendrá para el heredero, el cual, mientras la renta esté viva, disfruta de un capital inferior a la diferencia entre el valor bruto del patrimonio y el de la renta; pero encuentra compensación en la esperanza del disfrute completo cuando el pago de la renta cese. Si sobre un patrimonio hereditario de 100 se impone una renta de 2, y se calcula el valor en diez anualidades, a tenor del artículo 18, la parte imponible del caudal se reduce a 80, valor que corresponde aproximadamente a lo que para el heredero representa el disfrute actual de 60, esto es, cuanto resta de los intereses de 100 después de detraída la renta y sumado al disfrute futuro de 100. En cambio, para el usufructuario la sustración de una parte de los frutos no está compensada con la reserva de una adjudicación de capital, y si del patrimonio sobre el que está constituída

(1) CLEMENTINI, *Tasse di registro*, t. I, p. 188.

(2) Si sobre un caudal hereditario de 100, legado en usufructo, hay un legado de 20 en plena propiedad, el usufructuario habrá el disfrute de 80 y deberá satisfacer el impuesto sobre 20 ó sobre 40, según los años que tenga, más o menos de cincuenta.

se detrae únicamente el valor de las anualidades acumuladas, no tendrá expresión la cuantía del disfrute que le queda, al menos siempre que las anualidades acumuladas asciendan a un valor inferior al capital de cuyo disfrute se le priva. A falta de texto legal que aplicar al caso, se ha propuesto, para la valoración de usufructo sobre un patrimonio gravado con renta, prescindir de la valoración legal de ésta, y en cambio rebajar el capital necesario para satisfacerla, quedando íntegro como capital productivo de intereses ulteriores. Con este sistema, sin embargo, se olvida un factor de cálculo; la posible variedad de duración del usufructo y de la renta, con lo cual se deja abierta la puerta al usufructuario para obtener por algún tiempo el disfrute íntegro después de cesar la carga de la renta. Ateniéndonos a las reglas de la valoración que ofrece la ley de Registro, creo que puede aproximarse más a un resultado exacto rebajando el valor legal de la renta del valor del usufructo, calculado sobre el valor íntegro de los bienes gravados (1). Cuando, por último, se trata del gravamen de una deuda o de un legado completamente a cargo del usufructuario, no hay duda de que para determinar la materia imponible hay que hacer la baja con relación al valor del usufructo y no al valor de los bienes sobre que éste recaiga (a).

154. La suspensión condicional de la transmisión, a tenor del

---

(1) Por lo tanto, supuesto un as hereditario de 100, un usufructo de todos los bienes y una renta de dos, será imponible a cargo del legatario la diferencia entre el valor del usufructo sobre 100 (por consiguiente entre 50 y 25), y el valor de la renta, que será de 20 ó de 10, según los diversos coeficientes dados por los artículos 16 y 18. Unicamente cuando haya otra disposición por la que quede excluído el goce del usufructuario sobre los bienes destinados a levantar la carga de la renta aun cuando ésta cese, podrá detraerse del valor total de los bienes el capital bastante para satisfacerla; este es el caso resuelto por el T. de Cas. de Roma, 26 de Noviembre de 1889 *(Foro,* 1890, 1, 62), que, por lo demás, no indica la posibilidad de practicar el sistema apuntado en el texto, aun cuando no se diese esa circunstancia. Completamente injustificada es la pretensión del usufructuario de suspender total o parcialmente el pago del impuesto hasta que cese la carga de la renta (v. acerca del caso, Apel. Milán, 18 de Diciembre de 1883, *Annali,* 1884, 2, 37); pero esta sentencia parece que admite la rebaja del valor de la renta de los bienes, antes de calcular sobre éstos el valor del usufructo.

(a) [V. sobre cargas o gravámenes deducibles en nuestra legislación patria, los arts. 100 a 102 del Reglamento aprobado en 26 de Marzo de 1927.]

artículo 13, aplaza también el pago del impuesto (1) (a). Se ha pretendido que esta regla es inaplicable a la institución condicional a título universal, porque la incertidumbre acerca del advenimiento de la condición no quita certeza a la transmisión que ha de producirse por el hecho de la muerte (2). Paréceme obvio que la cuota del impuesto no se puede liquidar hasta que esté determinado, con el cumplimiento de la condición, a quién han de transmitirse los bienes; porque el impuesto es variable, según que se llame a suceder a extraños o a parientes en grado más o menos próximo al difunto. De todas suertes, esta arbitraria restricción a la regla del artículo 13, no se extiende a las disposiciones a título particular, entre las cuales se cuentan todos los legados de usufructo; y la deuda de los legatarios sólo nace en el momento de realizarse la condición. Lo mismo puede decirse respecto a los legados de usufructo a pla-

(1) El art. 13 no admite la suspensión del pago del impuesto, si la condición es *meramente* potestativa; el artículo 75 de la tarifa sujeta a un impuesto fijo, precisamente porque está suspendida la percepción del impuesto proporcional, únicamente los actos cuya suspensión condicionada *sea independiente de la voluntad de las partes*. Pero sin trastornar todas las ideas sobre la materia de condiciones, no puede interpretarse esta frase, que nuestra ley ha tomado de la francesa, como si se hubiera de negar la suspensión de la eficacia del acto jurídico, aun respecto a las obligaciones fiscales, cuando la resolución de la condición dependiese de *un hecho* del legatario o del acreedor; y es jurisprudencia constante que se refiera únicamente a aquellas condiciones que, dependiendo del arbitrio de las partes, hacen inexistente o pura y simple la transmisión, según que queden al arbitrio del deudor o del acreedor. V. CLEMENTINI, *loc. cit.*, pág. 161.

(a) [V. el art. 57 del nuevo Reglamento del impuesto sucesorio.]

(2) CLEMENTINI, *loc. cit.*, t. I, ps. 165 y sigs. En confirmación de esta tesis se cita un fallo de la Cas. de Roma, de 23 de Julio de 1880 *(Temi ven.*, V, 409) que juzga liquidable y cobrable en los términos ordinarios el impuesto sobre la herencia adjudicada a los hijos aún no nacidos de una persona viva. Por otra parte, la sentencia se funda, principalmente, en la especialísima opinión de que la institución de hijos futuros no es una institución condicional, puesto que, «por la omnipotencia de la ley» se considera al concebido como persona viva y «heredero real, y no potencial», desde el momento de la apertura de la sucesión. La misma sentencia acaba después por admitir la posibilidad de una nueva liquidación, si el hijo no llega a nacer. Sin ofensa de principios jurídicos clarísimos, y sin complicar el caso con dos liquidaciones, pudieran ser atendidos los derechos de la Hacienda, dejando en suspenso la liquidación hasta que nazca el llamado, y reputando heredero a éste desde el momento de la apertura de la sucesión, desde el cual momento satisfaría, a más del impuesto, los intereses correspondientes.

zo, porque, como hemos visto, el término inicial del legado de usufructo equivale a una condición suspensiva. Sólo que mientras la condición pende, la transmisión de los bienes se realiza bajo condición resolutoria del difunto al heredero, y éste es quien debe satisfacer el impuesto como si hubiese recibido íntegramente los bienes, salvo su acción para repetir contra los legatarios por la parte de impuesto que les corresponde, y la acción fiscal contra los mismos legatarios, si con motivo de sus vínculos con el difunto hubieran de satisfacer cuotas superiores de impuesto que los herederos.

Por otra parte, ¿qué resolver cuando los legatarios deban pagar menos que los herederos, ya que el artículo 9 de la ley, de un modo absoluto, rechaza la restitución de impuestos «percibidos debidamente», y, por tanto, la acción de reembolso contra la Hacienda de los herederos que hubieran pagado más de lo que pueden obtener de los legatarios? Atendido el principio del artículo 13, no pueden considerarse *debidamente percibidas,* sino las cuotas inferiores a las que los herederos tuvieran que satisfacer faltando la condición, y las que hubieran de abonar los legatarios cuando la condición se cumpliera en su beneficio. Verdad es que el artículo 10, al aplicar el principio señalado en el 9, rechaza la restitución de impuestos en casos de resolución «a causa de condiciones resolutorias a que estuviese vinculada expresamente la transmisión»; pero con ello hemos de entender que sólo se pretende impedir la anomalía de que una transmisión resuelta se considere transmisión no ocurrida, y se sustraiga así al impuesto (1); y la condición resolutoria del llamamiento del gravado, necesariamente correlativa a la condición suspensiva del legado, no deja incierto si hay o no transmisión, sino cuál transmisión de las dos sea la que ocurra. El impuesto se debe respecto a una de las dos transmisiones alternativamente posibles; el llamado bajo condición suspensiva, si la condición se realiza, deberá pagar el impuesto en aquella medida que determinen sus relaciones con el difunto; y por ello, al gravado bajo condición resolutoria, hasta que se cumpla, no debe obligársele a satisfacer un impuesto mayor.

Con igual criterio debe resolverse también el caso de resolución

---

(1) Sin dar demasiada importancia a las leyes fiscales como medios de interpretación de las civiles, no puedo dejar de llamar la atención acerca de que este principio confirma la tesis sostenida en el párrafo 3 de este capítulo, y rechaza el aniquilamiento total de los efectos de un acto jurídico por el cumplimiento de la condición resolutoria.

condicional expresa del legado de usufructo cuando vaya coordinado con una expresa o tácita reversión condicional a otro legatario. El llamado en primer lugar habrá de satisfacer la cuota menor de impuesto entre aquellas alternativamente fijadas si la condición se cumple o falta, a reserva de su acción de reembolso si ocurre lo primero, y la nueva liquidación y acción eventual de la Hacienda contra quien, en definitiva, reciba el usufructo, si estuviere sujeto éste a una cuota mayor.

Pero no ocurre lo mismo si la expresa resolución condicional del usufructo está enlazada con una expresa o tácita reversión condicional a favor del heredero. Porque, en el caso anterior, el cumplimiento de la condición resuelve *a favor de quién* ha de operarse la transmisión del usufructo; en el caso actual, se decide *si hay o no* transmisión de tal usufructo, y esta resolución, que no solamente es posterior, sino que, a tenor del artículo 10, obedece a una causa posterior a la transmisión ocurrida, no invalida el derecho a cobrar el impuesto, derecho que la Hacienda adquiere desde el momento de la transmisión, y al cual es correlativa la obligación del llamado bajo condición resolutoria, igual a la que le correspondería si hubiese sido llamado puramente. En otros términos: no cabe defraudar el derecho de la Hacienda a percibir el impuesto, si al resolverse la primera transmisión del usufructo, viene otra transmisión del mismo derecho y puede el Fisco basarse sobre uno u otro; sería defraudado cuando, resolviéndose una transmisión, debiesen quedar los bienes en plena propiedad al heredero, y fuera necesario para eso darle como base la adquisición del llamado primeramente.

155. También es distinto el caso en que se llame a varias personas al usufructo de una cosa misma, designando a una de ellas hasta un cierto término, y a la otra después de este plazo. Hay entonces dos legados distintos de usufructo sobre el mismo objeto; pero no implican una baja del caudal hereditario mayor que la que procedería hacer si el legado de usufructo hubiera sido hecho a una sola persona por todo el tiempo que lo hayan de disfrutar en total las dos llamadas. *Aun cuando todos los llamados entren uno después de otro en posesión del usufructo,* no por ello hay deducción de un valor mayor, ni es por eso por lo que debe disminuirse la cuota del impuesto a cargo del heredero o legatario de la nuda propiedad, ni debe cobrarse el impuesto por un valor mayor a los usufructuarios, porque en realidad no es superior el valor total de los derechos reconocidos a cada uno de ellos separadamente, ni

puede gravarse más veces el valor de estos derechos porque no se transmiten *sucesivamente*, sino *simultáneamente*, a causa de disposiciones que no tienen el mismo objeto, sino que asignan un derecho distinto de usufructo sobre el mismo objeto. Ahora bien: si aplicáramos a la valoración dividida de los derechos de los llamados sucesivamente las normas de la ley, que fija una cuota invariable para el usufructo por diez o más años, y variable para los de duración menor, se atribuiría a la suma de dos o más derechos de usufructo legados por un total de tiempo superior a diez años, un valor mayor del que, según la ley, tiene el usufructo legado a uno solo por el mismo período de tiempo. Es necesario, por tanto, en este caso, sustituir a la valoración separada la valoración de la totalidad de los usufructos, como si fuesen uno solo; pero la ley tributaria sigue este sistema sin hacer distinciones, y aun cuando fuese inferior a diez años la duración total, con lo que la valoración dividida daría un resultado más exacto. En el apartado segundo del artículo 16 dice que se tomará en consideración únicamente la edad del más joven, si el usufructo se transmite sucesivamente a varios individuos, y esto presupone que hay que hacer una valoración total única de los derechos asignados a los individuos.

La unicidad de la valoración conduce necesariamente a la unicidad de la tasación (1). Si no se distingue entre el derecho reconocido al primero y al segundo; si se los valora como derecho reconocido a uno solo, *frente a la Hacienda* no cabe matizar la diversa relación que une al disponente con los llamados, para aplicar el impuesto de un modo diferente; y en conformidad al principio sancionado en el artículo 7, tratándose de disposiciones que se reputan unidas entre sí, se da lugar a la aplicación de la cifra mayor para todas juntas. Si, por ejemplo, se lega al hijo el usufructo por cinco años, y por otros cinco años a un extraño, se aplicará el impuesto sobre el valor de un solo usufructo de diez años, y, por tanto, sobre la mitad del valor de los bienes si al menos uno de los llamados no rebasa la edad de cincuenta años; y eliminada la distinción entre usufructo al hijo y usufructo al extraño, se liquidará por un solo tipo, a razón del 15 por 100, según la tarifa modificada por la ley de 22 de Julio de 1894.

Esto, respecto a la Hacienda. En las relaciones entre legatarios

(1) Así lo resuelve la Instrucción ministerial número 86 de 1882; v. ad artículo 16, en la edición de las leyes de Registro y Timbre del *Indicatore del commercio* (Nápoles, 1884).

que están obligados solidariamente para con ella, no sé por qué ha de prescindirse de la variedad del vínculo que les une con el testador y de la duración cierta o probable de sus respectivos derechos. Puede muy bien tomarse en cuenta esta doble diversidad para determinar la proporción en que están obligados a satisfacer la cuota única. Aquí también son de aplicar las reglas de la partición: la división del impuesto entre los obligados a satisfacerlo se hace en relación con el que se habría de liquidar valorando separadamente sus derechos (1).

Pero este razonamiento se funda en el supuesto de que acudan a la sucesión todos los llamados, uno tras otro. Ahora bien: cualquier llamamiento sucesivo al usufructo es un llamamiento condicionado al hecho de que el beneficiario viva al llegar el plazo. Según el artículo 13, la Hacienda no puede exigir el impuesto hasta que se realice esta condición; y el buen sentido aconseja, conforme a lo dicho en el número anterior, que se practique una doble liquidación: provisional al abrirse la sucesión, y definitiva cuando hayan surtido efecto todos los llamamientos. En la liquidación provisional deben tomarse en consideración las modificaciones que los llamamientos sucesivos puedan acarrear para la imposición, y exigir a los llamados primeramente la cuota menor entre las que pueden serles imputables según ocurran o no los llamamientos sucesivos. La base de la liquidación definitiva no es el nuevo llamamiento tomado aisladamente, sino la serie entera de ellos, según expuse ha

(1) Ej.: Usufructo de 100 a un hijo mayor de cincuenta años, por seis años: y por otros seis a un extraño más joven. Hay que pagar el impuesto a razón del 15 por 100 sobre un usufructo legado por doce años a uno que no tenga cincuenta de edad; esto es, el impuesto al 7,50 por 100. Pero el hijo debe satisfacer un impuesto de 1,60 por 100 sobre 5 vigésimos; esto es, 0,40, y el extraño, un impuesto de 15 por 100 sobre 6 vigésimos; o sea, 4,50. Por consiguiente, al hijo le corresponderá pagar 0,61 del impuesto de 7,50, y al extraño 6,89. Se explica que el llamado en segundo lugar esté obligado a satisfacer un impuesto superior al que le correspondería si le perteneciera a él solo el usufructo por seis años; por lo menos, corriendo el albur de recibir antes el usufructo en caso de que el hijo muera antes de llegar el plazo; v. más atrás página 363, nota 1. Cuando el usufructo es legado por diez o más años, siempre es más ventajosa la cuota única aun respecto a aquellos que deberían satisfacer una parte proporcional menor con la liquidación separada del impuesto. Veámoslo: un usufructo de ciento por diez años a un hijo de cincuenta, y por diez años a un extraño; impuesto total a razón del 15 por 100 sobre 5; o sea, 7,50; cantidad proporcional: 0,40 para el hijo y 7,50 para el extraño; el hijo pagará 0,38, y 7,12 el extraño.

poco; y a más de una acción de la Hacienda contra los llamados en segundo término, puede originar una acción de ella contra los primeros y una acción de reembolso a favor de los primeros y contra los segundos (1).

Más fácil de explicar es el principio del impuesto sobre el usufructo conjunto. Aquí también hay que hacer una valoración única; porque la totalidad del valor de los derechos que adquieren los llamados solidariamente no excede del que adquiriría un solo llamado; la valoración única hay que hacerla a base del llamamiento que puede determinar un usufructo de mayor duración, y a esta valoración única es correlativa la imposición única con la cuota más grave (2); porque aquél de entre los legatarios que se halla en relación más remota con el testador, no sólo está llamado al usufructo completo, sino que puede adquirirlo enteramente si faltan los colegatarios. Pero aquí tampoco es preciso que se distribuya el impuesto en partes iguales, aun cuando los colegatarios estén solidariamente obligados para con la Hacienda por la cuota entera; puede su importe repartirse en cuotas proporcionales a la duración de los derechos atribuídos y a la cuota distinta que habrían de pagar si hubiesen sido llamados separadamente, basándose en su relación con el testador (3).

---

(1) En el segundo ejemplo de la nota anterior, el hijo deberá pagar 0,40 en la primer liquidación; si sucede un extraño, el Fisco girará a cargo de éste el impuesto de 7,10, y el hijo tendrá una acción de reembolso contra él por 0,02. En cambio, en el primer ejemplo la primitiva liquidación girará sólo a cargo del hijo a razón de 0,40, y si sucede el extraño, liquidará la cuota completa a su cargo de 6,89; pero podrá, además, pretender del hijo 0,21 para completar el impuesto de 7,50; esto es injusto; no se han modificado las condiciones del llamamiento del hijo para que deba pagar más; pero la ley no quiere distinguir, y la interpretación que doy es la que más se aproxima a la equidad en el reparto de la carga tributaria.

(2) En tal sentido, Apel. Catanzaro, 3 Feb. 1890, *Gazz. proc.*, XXIII, 391.

(3) Llamado un hijo junto con un extraño a adquirir el usufructo de 100, y, teniendo ambos menos de cincuenta años, el impuesto correspondiente de 7,50 se repartirá entre el hijo y el extraño en la razón 1,60 : 15. El hijo satisfará 0,72, el extraño, 6,78. Si el usufructo estuviere legado por mitad a cada uno, el primero debería pagar 0,40 y el segundo 3,75. Llamados conjuntamente, justo es que paguen más los dos; porque ambos pueden adquirir más de la mitad. El acrecimiento procede de la vocación solidaria, a condición de que falte alguno de los concurrentes; no se da a título de cosa nueva, ni procede, por tanto, la doble liquidación. Sobre la materia objeto de este número, hay un

Téngase, por último, en cuenta que para que el legado caduque y se le exima de impuestos, es necesario que la renuncia del usufructo se haga en una forma explícita. La muerte del usufrucfuario, sin haber aceptado, no impide reputarlo adquirido, y sus herederos deben satisfacer el impuesto (1). En cuanto al abandono de la parte libre por los legitimarios que no quieran ejecutar el legado de usufructo, sus efectos se retrotraen a la apertura de la sucesión, y queda exento de impuesto el usufructo, satisfaciéndose, en cambio, el correspondiente a la propiedad que adquiere el legatario.

---

trabajo de LOSANA en *Rolandino*, 1882, pág. 333, y un opúsculo de MARZANO, *Tassa di registro sull' usufrutto successivo o congiuntivo (Legge*, 1883), que no me ha sido posible hallar.

(1) Así, Apel. Brescia, 16 de Diciembre de 1885, *Massime*, 1886, 253; Apel. Génova, 13 Febrero 1888, *Mon. trib. Mil.*, 1889, 318.

CAPÍTULO II

CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO POR ACTOS «INTER VIVOS»

SUMARIO: 156. Donación del usufructo. - 157. Donación conjunta de usufructo. - 158. Donación con reserva de usufructo y deducción del usufructo a beneficio de un tercero. - 159. Ineficacia de la reserva del usufructo para los herederos. - 160. Imposibilidad de la donación manual de usufructo y de la donación manual con reserva de usufructo. - 161. Venta del usufructo. 162. Diferencias entre la venta del usufructo y el arrendamiento. Venta con reserva de usufructo. - 163. Venta de usufructo a cambio de constituir una renta. Constitución de usufructo en la permuta, en la transacción, en la división voluntaria. - Constitución del usufructo marital sobre la dote. Supuesta constitución de usufructo en la sociedad universal de ganancias. - 164. Constitución de usufructo en cumplimiento de una obligación preexistente o en sustitución de su cumplimiento. Ineficacia de la hipoteca constituída por el propietario sobre el usufructo, y de la facultad concedida al acreedor de cobrarse con la constitución de un usufructo. - 165. El usufructo de las asociaciones constituídas para mejoras agrícolas. - 166. La constitución de usufructo por actos *inter vivos* respecto a los derechos de los acreedores y de los legitimarios. 167. La enajenación con reserva de usufructo, respecto a los derechos del legitimario. Transcendencia y fundamento del artículo 811 del Código italiano. 168. Continuación. - 169. Trato distinto de las enajenaciones y donaciones con reserva de usufructo. - 170. Enajenación con reserva de usufructo a favor de un tercero. - 171. Publicidad de las adquisiciones de usufructo por actos *inter vivos*. La transcripción de las adquisiciones inmobiliarias y la posesión de bienes muebles. - 172. Impuesto de Registro.

156. Puede constituirse el usufructo, *inter vivos*, en primer lugar por *donación*, y queda constituído válidamente cuando concurren los requisitos de capacidad (artículos 1.052-1.055) (1) (a) y de consentimiento de donante y donatario (arts. 1.057-1.061) (2) (b),

---

(1) V. más atrás, n. 94.

(a) [Arts. 624 a 628 del Cód. esp.]

(2) V. más adelante, n. 158.

(b) [Arts. 629 y sigs. del Cód. esp.]

y este consentimiento se expresa con las solemnidades prescritas por la ley (1). Unicamente siendo el donatario propietario de la cosa, puede conceder sobre ella al donatario el derecho real de usufructo (2); la donación del usufructo hecha por el nudo propietario, está implícitamente subordinada a la condición suspensiva de la extinción del usufructo existente y a su consolidación con la propiedad antes de la muerte del donatario (3).

La eficacia de la donación puede modificarse de maneras varias imponiéndole un término o una condición (4); las condiciones imposibles o ilícitas anulan la donación (art. 1.065) y se incluyen entre las prohibidas todas aquellas encaminadas indirectamente a reservar al donante el derecho a revocar la donación (arts. 1.066, 1.067, 1.069) (a) (5). Todavía es más imposible en nuestro Derecho disponer por actos *inter vivos* de los bienes actuales para después de nuestra muerte, transfiriéndolos bajo condición resolutoria o suspensiva y reservándose directamente la facultad de recobrarlos (6); pero no está prohibida la condición suspensiva que subordina los efectos de la donación a la supervivencia del donatario al donante; como es expresamente lícita la condición resolutoria y la reversión al donante que sobreviva al donatario (art. 1.071) (c)

(1) V. n. 160.

(2) Cuándo asume obligaciones hacia el donatario el que dona el usufructo o la propiedad de cosa que no es suya, lo indican los artículos 1.077 y 1.396. V. n. siguiente *in fine*. V. también, n. 171, *in fine*.

(3) V. más adelante n. 158.

(4) V. más atrás n. 96.

(a) [Cfr. arts. 639 y 1.115, en relación con el 621, del C. c.]

(5) En Derecho romano podían sujetarse las donaciones a condiciones potestativas como cualquier acto *inter vivos*. Cons. sobre el origen del principio *donner et retenir ne vaut*, y sobre la transformación realizada, que convierte a la donación en el acto *inter vivos* más irrevocable, cuando precisamente ha sido el más inestable durante muchos siglos, DESJARDINS, en la *Rev. critiq. de lég. et de jur.*, 1868, fascículos de Agosto y Octubre; v. *infra*, not. 1 a la pág. 416. Acerca de la diferencia entre condiciones potestativas y facultativas v. GIORGI, *Obblig.*, t. IV, nn. 298, 300; pero es corriente el error de que las donaciones sean irrevocables como cualesquiera actos *inter vivos*; v. RICCI, t. III, n. 196.

(6) La *donatio mortis causa* del Derecho romano. V. la clásica exposición en SAVIGNY, *Sistema*, § § 170-174. V. *infra*, n. 158 (b).

(b) [El Cód. esp. equipara las donaciones *mortis causa* a las disposiciones de última voluntad (art. 620).]

(c) [El Cód. esp. admite la reversión con más amplitud (art. 641).]

porque la acción de una y de otra queda en absoluto independiente de la voluntad del donante (1).

Una aplicación de este principio, y no disposición especial de los contratos matrimoniales, es el precepto acerca de las cláusulas de «lucro dotal» que me interesa notar, porque se trata precisamente de una donación doblemente condicional del usufructo. «Lucro dotal», en su significado propio, es aquella parte de la dote que la mujer da al marido para el caso de que él le sobreviva; y en el significado más amplio que le asigna el artículo 1.398, comprende también el aumento de dote y la contradote, esto es, la cantidad correspondiente o equivalente a una parte de la dote que, con o sin reciprocidad, da el esposo a la esposa para el caso contrario. La estipulación del «lucro dotal» la interpreta la ley como donación de usufructo condicionada a la supervivencia, si deja descendientes legítimos el donante; y como donación en propiedad, si no los deja, salvo el derecho de los esposos a concederse la propiedad en vez del usufructo, aun cuando haya descendientes (2). El artículo 1.398 prohibe la estipulación de lucros sobre dote constituída por otro o aumentada durante el matrimonio; el que no puedan estipularla los cónyuges es consecuencia necesaria de la prohibición de donaciones constante matrimonio; y a la prohibición de las sustituciones fideicomisarias obedece el que no pueda establecerla a beneficio del marido superviviente, ni antes ni durante el matrimonio, la persona que constituye la dote; porque la donación condicional de propiedad, y aun la del usufructo (3) al marido superviviente, injertada en la donación a la prometida, o a la mujer, implica precisamente la imposición a la donataria de la obligación de restituir a su muerte, cosa que está prohibida en las donaciones como en los actos de última voluntad, cuando no se haya de hacer la restitución al mismo donante (4).

Por lo demás, ya hemos tratado en el capítulo anterior de las aplicaciones de esta prohibición a las donaciones (5); y la prohibi-

---

(1) Para admitir la condición que suspende los efectos de la donación a la supervivencia del donatario, v. el art. 1.074. La consideran lícita TROPLONG, *Disp. entre vifs*, n. 74; AUBRY y RAU, § 699, n. 3. *Contra:* GRENIER, *Don. et test.*, t. I, n. 8.

(2) Este pacto en contrario debe claramente excluir la presunción de la ley, que es favorable a la prole (Cas. Turín, 28 Agosto 1884, *Giur. tor.*, 1884, 73).

(3) V. más atrás n. 2, pág. 357.

(4) De la misma opinión es BIANCHI, *Contratto di matrimonio*, n. 169.

(5) V. pág. 304, en nota, y 319, también en nota.

ción del usufructo sucesivo es de aplicar a las donaciones como a los actos de última voluntad (arts. 1.073, 1.074) (a): pues el usufructo donado a varias personas, una después de otra, se consolida con la propiedad después de la muerte del primero que lo ha adquirido.

157. En cambio, la donación del usufructo conjuntamente a varias personas difiere del llamamiento simultáneo al mismo en acto de última voluntad, porque no se da en él el derecho de acrecer. No hay negocio jurídico bilateral alguno en que surja este derecho, que está circunscrito a las disposiciones testamentarias (arts. 879 y 887) (b). La voluntad del que da o promete carece de eficacia si no coincide con la voluntad del que deba recibir o aceptar la promesa; y cuando se da o promete a varios, hay tantas voluntades coincidentes como personas a quienes vaya dirigida la prestación o la promesa. Cuando el primero acepta, y antes que intervenga la coincidencia con la voluntad de un segundo, existe sólo para una parte el negocio jurídico. La ley carece de todo motivo para interpretar la manifestación de voluntad que tiene por objeto la concesión de un derecho a varias personas, en el sentido de que se pretende dejar la totalidad a cada individuo (1), y obligar a ello al oferente en cuanto que haya aceptado uno solo, privándole del derecho a dirigir por sí mismo la ejecución de su pensamiento, y a adaptarlo a los cambios de circunstancias que puedan mediar después de aquella manifestación, e incluso revocar la concesión respecto a la parte que no haya aceptado. El que entre donación y aceptación pueda existir un intervalo de tiempo, como lo hay entre delación y aceptación de herencia o de legados, no borra la sustancial diversidad que hay entre una donación y una disposición testamentaria. Con arreglo a ésta, al abrirse la sucesión o cumplirse la condición, el llamado adquiere el derecho de aceptar la herencia o de que se le entregue el legado; con arreglo a aquélla, no se adquiere el derecho de aceptar, porque antes de que así ocurra, el donante es libre de cambiar de propósito; natural es, por consiguiente, que la donación hecha a varios quede sujeta a la voluntad del donante hasta que

(a) [Comp. art. 640 Cód. esp.]

(b) [El Cód. esp. admite el derecho de acrecer en las donaciones hechas conjuntamente a varias personas, cuando lo hubiese dispuesto el donante o cuando se trate de donaciones hechas a marido y mujer (art. 637).]

(1) No es que haya imposibilidad lógica de hacerlo.

todos hayan aceptado, en tanto que la disposición testamentaria se sustrae a ella desde el momento de la muerte. A las donaciones conjuntas no puede aplicárseles la interpretación que da la ley a la vocación solidaria de los coherederos y colegatarios, ya que si el donante quiere adjudicar a los beneficiarios la totalidad de la cosa para el caso de que los demás no la acepten, puede realizarlo y disponer entre ellos una recíproca sustitución; y en las donaciones de propiedad mediante la sustitución recíproca no se llega a un resultado distinto del que se conseguiría con la donación conjunta interpretada como donación solidaria, porque ni aun ésta podría proporcionar la adquisición de un derecho transmisible a los herederos, en tanto que el beneficio de la vocación solidaria de los coherederos y de los colegatarios se extiende a sus herederos y la sustitución recíproca queda sin efecto para éstos. También en la donación del usufructo a varios puede asegurarse a los distintos individuos la adquisición del usufructo íntegro, si no aceptan los otros, mediante la sustitución recíproca; no se puede, sin embargo, asegurar la adquisición del usufructo aceptado y extinguido en los otros, porque de este modo vendría a ordenarse sobre las porciones singulares un usufructo sucesivo (1).

No hay razón para distinguir entre derecho de acrecer y derecho de no decrecer, y sobre esta base, y relacionando el segundo con el llamamiento solidario disyuntivo, suponer que éste obra independientemente de la interpretación legal y que el derecho de no decrecer es también aplicable por eso a los actos *inter vivos*, y en particular a las donaciones (2). En el capítulo anterior, número 130,

(1) En tiempos de BELLONI era jurisprudencia constante el reconocimiento del derecho de acrecer aun en el usufructo constituído por actos *inter vivos;* BELLONI, sin embargo, ya comenzó a combatirlo *(de jure adcrescendi,* c. VI, q. 43; cons. q. 32, 36 y todo el capítulo). Y esta antigua doctrina es todavía acogida por BORSARI, § 2.238. En contra: CUYACIO, *Recit. solemn.*, ad l. 64, *de contr. empt.*, XVII, 1 (ed. Nápoles, t. VII, c. 721); VOET, *ad Pandectas*, l. XXXIX, tít. V, n. 14; HILLIGER, en las notas a DONELO, *Comm. j. c.*, l. X, c. 23, 5; GLÜCK, t. IX, p. 308 (§ 637 *a, in fine)* y los escritores allí citados.

(2) Cons. para esta doctrina el farragoso trabajo de BELLONI, lug. citado en la nota anterior; TROPLONG *(Disp. entre vifs.*, n. 2.186), después de afirmar resueltamente que se da el derecho de acrecer tan sólo en las disposiciones testamentarias, dice que si de los términos de la donación aparece haber sido hecha *in solidum* a cada uno, el aceptante conservará la totalidad *jure non decrescendi.*

he dicho todo lo necesario contra esta diferenciación, y debemos rechazar por completo el que se aplique a las donaciones. Claro que puede donarse a varias personas, en actos distintos, la propiedad o el usufructo de la cosa misma; y es exacto que cuando no están en correlación una con otra estas disposiciones, de forma que el beneficio se distribuya entre los llamados, conceden a los individuos singulares un derecho sobre la totalidad; y muy cierto, asimismo, que la incapacidad o la renuncia de alguno de los llamados facilita a los demás y les asegura la adquisición íntegra del beneficio. Pero nada de esto tiene que ver con el derecho de acrecer o de no decrecer; el último presupone que la adquisición de la totalidad está impedida por la concurrencia de los otros llamados, e implica que será posible cuando desaparezca el obstáculo. En cambio, los donatarios distintos de una cosa tienen siempre derecho a obtenerla por completo, concurran o no concurran todos; y si la adquisición del derecho real por uno, necesariamente estorba que lo adquiera el otro, queda a éste un derecho de obligación para con el donante, que por la donación realizada ha quedado obligado con él, y a causa de la multiplicidad de disposiciones sobre la misma cosa ha imposibilitado él mismo su ejecución específica. La incapacidad o renuncia de alguno de los donatarios extingue únicamente el impedimento para ejecutar la donación en forma específica, pero su concurrencia no constituye un impedimento para obtener el valor de la cosa donada (1).

158. Mayor importancia práctica que la donación de usufructo tiene la donación *con reserva de usufructo* (a), mediante la cual adquiere el donatario la nuda propiedad y sobre la cosa donada se constituye un derecho de usufructo en beneficio del donante, que era dueño de la cosa en pleno dominio (2). Las reglas acerca de la

(1) A diferencia de lo que ocurre con las disposiciones es amentarias v. pág. 332, nota 3.

(a) [Hace alusión a ella el art. 634 del Cód. esp.]

(2) Es evidente que, aun cuando las partes la denominen así, la donación con reserva de usufructo que atribuye al donatario derechos y obligaciones efectiva e inmediatamente, no es una *donatio mortis causa* (Cas. Turín, 27 Marzo 1887, *Massime*, 1887, 382). En la *donatio mortis causa* bajo condición suspensiva de supervivencia, lo que el donante conserva es la propiedad, o, usando las palabras de la antigua doctrina, el usufructo *causal* (De Luca, *Th. just. et ver.*, l. VII, *de donat.*, d. 30, nn. 12, 13). El Derecho consuetudinario francés exigía la tradición para asegurar la irrevocabilidad de la donación, y a la

situación que asume el donante para con el donatario y que en algunos extremos difieren de las referentes a los demás usufructuarios, las expondremos en el libro III, en el que se analizarán los derechos y obligaciones del usufructuario. Una forma especial de donación que muy frecuentemente va unida a la reserva del usufructo, es la partición que suelen hacer los ascendientes entre sus descendientes por acto *inter vivos* (1).

Puede hacerse la donación *desglosando el usufructo a favor de tercera persona* (art. 1.074 y arg. del 1.128) (a). El donante transfiere desde luego la propiedad al donatario (art. 1.012), y éste queda al mismo tiempo obligado para con el donante a soportar la carga del usufructo transmitido a un tercero, el cual inmediatamente, y por efecto de este contrato entre donante y donatario, adquiere el derecho real de usufructo que le ha sido reservado, aun cuando el donante puede revocarlo hasta que el beneficiario manifieste su voluntad de aceptar, resolviéndose en tal caso la obligación del donatario y el derecho real adquirido por el tercero (2). Si la reser-

---

tradición de la cosa donada, subordinaba, no como el Derecho romano, únicamente la adquisición de la propiedad, sino aun la validez misma del acto jurídico: principio asimismo contenido en el axioma *donner et retenir ne vaut;* pero eran muy pocos los estatutos que de ello deducían la condenación de la reserva de usufructo; en la mayor parte de ellos, el de París y el de Orleans entre otros muchos, se satisfacían con la *ficta traditio* que se hacía con la reserva de usufructo, mediante la cual el donante se constituía en poseedor a nombre del donatario. V. DESJARDINS (lug. cit. en la nota 5 de la pág. 412), n. 7.

(1) V. POLACCO, *Divisione di ascendenti fra i discendenti,* n. 225.

(a) [Art. 640 del Cód. esp.]

(2) UNGER, *d. Vertrag zu Gunsten Dritt. (Jahrb. f. Dogm.,* t. X, páginas 1 y sigs.) sostiene que el derecho real o de obligación lo adquiere el tercero sin su voluntad, y por la sola virtud del contrato; v. la bibliografía sobre el particular en WINDSCHEID, § 316, n. 13; opinión que, contra la creencia de nuestra doctrina, sostiene TARTUFARI, *Contratti a favore dei terzi,* § 128; se apoya para ello en la analogía con los legados que se adquieren sin que intervenga la voluntad del legatario, a causa sólo de la delación de la herencia, no como él dice, por virtud del testamento, ni por virtud de la adición de la herencia, como en Derecho romano. Pero es muy imperfecta la analogía con los legados; la adquisición del legado sin la voluntad del legatario se realiza en el instante en que queda irrevocable la disposición testamentaria, mientras que en nuestro caso hay un derecho adquirido, que puede revocarse sin traba alguna cuando quiera el concedente. Sin embargo, convengo en que si se hace consistir la adquisición del derecho en la aceptación por parte del tercero, no se explica cómo esta aceptación, que cuando no hay preexistente una relación obli-

va se estipula en favor del donante y, a su muerte, a beneficio de un tercero, el vínculo jurídico es el mismo, y el tercero adquiere un derecho de usufructo condicionado a su supervivencia al donante, quedando aquél irrevocable al aceptar, y aun antes de aceptar, si el donante muere, porque de la naturaleza del contrato (art. 1.127) (a), resulta que no quiere transmitir a los herederos el derecho a revocar con que podía él únicamente impedir la actuación del beneficio recibido. En uno y otro caso hay que distinguir si entre el tercero y el donante preexiste o no un vínculo obligatorio; si preexiste, la deducción del usufructo equivale a un pago o a una dación en pago (1); si no preexiste, tendrá el carácter de *donación indirecta* y quedará sujeta a revocación por ingratitud o superveniencia de hijos, aun después de la aceptación, pudiendo también ser reducida,

gatoria entre el tercero o el donante y el estipulante sería aceptación de una donación, se puede hacer en cualquier forma, y resultar aun implícitamente de la demanda dirigida al promitente; cómo puede reputarse hecha válidamente aun después de la muerte del donante; y tratándose, en vez de la reserva de un usufructo, de otro cualquier pacto en beneficio de un tercero, cómo puede suponerse transmisible a los herederos del tercero el derecho de hacerla, y cómo los acreedores del tercero pueden, en vez de él, manifestar el deseo de utilizar el pacto. V. la jurisprudencia que hay sobre esto en TARTUFARI; sobre la eficacia de la deducción del usufructo, en este caso de que hablamos, me encuentro con fallos donde se declara que no se requiere una formalidad especial, y menos aún la explícita aceptación del beneficiario, y que equivale a la aceptación de que habla el artículo 1.128, la citación con que el favorecido pide en tiempo útil la detracción del usufructo (Apel. Casale, 13 Noviembre 1886, *Giur. cas.*, 1886, 356). En cuanto a la posibilidad lógica de que exista un derecho adquirido que el otorgante pueda, sin embargo, resolver a su arbitrio, basta que recordemos la *mortis causa donatio* del Derecho romano, en que el donante podía transmitir la propiedad al donatario, resolverla a su voluntad y reclamar la cosa con la *rei vindicatio;* v. SAVIGNY, *Sist.*, § § 160 y sigs. Y no se infringe la prohibición de hacer donaciones revocables con reconocer la eficacia inmediata y la revocabilidad de la donación indirecta si al tercero, con la aceptación, se le ofrecen medios de hacerla irrevocable. El Proyecto de Código civil alemán también reconoce que el tercero puede adquirir un derecho de obligación sin voluntad suya, por la única de los contratantes, y que éstos pueden reservarse el derecho de revocarlo después de la adquisición, facultad de revocar que no desaparece necesariamente tampoco con la aceptación por el tercero (§ § 412 a 414). V. sobre esto los *Motive*, § § dichos, tomo II, páginas 265 y siguientes.

(a) [Art. 1.257 del Cód. esp.]

(1) V. *infra*, n. 164.

y si el tercero es un descendiente del donante, queda sometida a la obligación de colacionar (1).

Puede reservar el donante el usufructo para después de su muerte a favor de una o más personas, pero simultánea, no sucesivamente, y no se puede donar el usufructo a uno y después de su muerte a otro, porque se aplica aquí la prohibición del usufructo sucesivo con la misma amplitud que en las disposiciones de última voluntad (2). Los llamados conjuntamente a un usufructo de esta clase carecen también, como los donatarios del usufructo, del derecho de acrecer recíprocamente.

La donación de nuda propiedad es una donación con reserva implícita del usufructo a favor del donante. Imposible aplicar a otros la reserva, si no está expresa, y en el Derecho vigente es imposible que sea eficaz la reserva del usufructo *pro qualibet persona* (3), por la cual adquiría el enajenante un derecho de obligación, transmisible por herencia, a fin de que se constituyera el usufructo para sí o para otro; y si moría sin ejercitarlo, el heredero podía reservarse el usufructo o transmitirlo a otro (4). El derecho de usufructo no tiene existencia jurídica si no está enlazado con una determinada persona; el derecho de obligación encaminado a constituir un usufructo *pro quolibet*, sería un derecho sin objeto determinado. Por lo demás, si la donación de la nuda propiedad, o aun sin esta limitación expresa, la donación de la propiedad la hace un nudo propietario, discierne un derecho que está sujeto, desde luego, a la carga del usufructo existente (5).

159. Como quiera que el beneficiado con el usufructo debe estar individualmente determinado, no es válida la *reserva del usufructo para sí y sus herederos*, o solamente para los propios herederos. En efecto; o la estipulación produce la consecuencia de que

---

(1) Del artículo 1.001 se deduce que debe colacionarse; del 1.794, que está sujeta a reducción. Cons. GIORGI, *Obblig.*, t. III, n. 412; TARTUFARI, *op. cit.*, § 135.

(2) V. más atrás, pág. 304 en nota.

(3) De ella habla AFRIC., 36, § 1, D. *De usufruc.*, VII, 1.

(4) V. n. siguiente.

(5) V. *supra* el núm. 156. Conforme a estos principios se resuelve la cuestión de si el donatario de la nuda propiedad tiene acción para impugnar una constitución ineficaz de usufructo. El T. de Apel. de Catania, 3 de Diciembre de 1884 *(Foro Catan.*, 1885, 38), lo niega con respecto al derecho de usufructo donado por el marido a la mujer. Pero es necesario distinguir si la

adquiera el donante el derecho de usufructo, y no puede transmitirlo a los herederos, a menos de reconocer en el usufructo duración mayor que la vida del usufructuario, infringiendo el principio fundamental del artículo 515; o el contrato se dirige a constituir un derecho separado de usufructo a favor de los herederos, independientemente del que se ha constituído a favor del donante (o sin que se haya constituído ningún derecho a favor de él); pero esto es imposible, porque en calidad de herederos no pueden adquirir más derechos que los que hay en el patrimonio del causante, y si hubieran de estar investidos del usufructo por su propio derecho, no por sucesión *mortis causa*, tampoco lo adquirirían como herederos del donante. Más aún; si lo han de adquirir como derecho propio, no pueden ser colectivamente determinados con la cualidad que tendrán en época posterior a la fecha del contrato, o sea al morir el estipulante. Esta determinación, y consiguientemente la eficacia de la estipulación misma, quedaría por necesidad en suspenso durante la vida entera del estipulante, no pudiéndose averiguar con certeza quiénes fuesen los beneficiarios, hasta la apertura de la sucesión de aquél; con lo cual vendría a reconocerse una constitución de usufructo por acto *inter vivos*, sin que a pesar de ello pudieran adquirir ni aun condicionalmente el derecho de usufructo hasta el momento de la muerte del constituyente.

No es eficaz tampoco la deducción del usufructo en favor de personas designadas nominativamente, calificadas al propio tiempo de *herederos*. Si algún significado puede tener el empleo de este calificativo, no puede ser otro que el de subordinar la eficacia de la constitución al hecho de que las personas designadas sean tales herederos: y como el disponente está facultado para cambiar los llamamientos a la herencia hasta el último instante de su vida, con privarles de la cualidad de herederos vendría a reservarse la facultad

---

donación del usufructo es anterior, coetánea o posterior a la donación de la nuda propiedad. Si es posterior, no hay constitución de derecho de usufructo, sino cesión de un usufructo constituído (v. libro IV, cap. II), por la cual no se modifica la limitación del derecho del propietario y que éste no tiene interés en impugnar, ya que, de todas suertes, tiene segura la consolidación del pleno dominio a la muerte del donante. Si es anterior o aun coetánea al contrato, interesa al donante impugnarla, porque desaparecida esta limitación, adquiere inmediatamente el pleno dominio, y no puede su derecho limitarse con sólo que a él se le califique de nudo propietario; sino que ha de existir un derecho de usufructo sobre la cosa suya; y tiene derecho a impugnarla porque es radicalmente nula la donación entre cónyuges.

de revocar el derecho concedido bajo esta condición; facultad de revocar que no puede impedirse con la manifestación de aceptar hecha por los llamados, ya que precisamente se les reconoce la facultad de disfrute con la condición aquélla, subordinada por completo a la voluntad del estipulante, y no bajo la condición casual de su supervivencia. En una palabra, que habría una indirecta *mortis causa donatio* prohibida en absoluto por el Derecho vigente (1). Sólo tiene eficacia la estipulación cuando el usufructo se establece en favor de los legitimarios: es eficaz y se les transmite *inmediatamente* el derecho de usufructo, condicionado sólo a su supervivencia, y que, mientras pende la condición, pueden aceptar (e impedir que el disponente revoque la desmembración), porque si sobreviven, adquieren necesariamente la cualidad de herederos, que se tuvo en cuenta para la constitución del usufructo (2).

(1) Por excepción, existe una donación lícita indirecta, *mortis causa donatio*, en el seguro de vida en favor de un tercero; C. de Com., art. 449; Cons. VIVANTE, *Contratto d'assicurazione*, t. III, n. 191.

(2) A estas afirmaciones se objetará que el Derecho vigente no prohibe las estipulaciones en favor de los herederos sin estipular al propio tiempo para sí. A GIORGI (*Obblig.*, t. IV, n. 268) le parece esto un artículo de fe, y cree que nadie puede vanagloriarse de resucitar el principio del Derecho romano clásico: *ab hæredis persona obligationem et actionem incipere non potest* (GAYO, III, §§ 100, 117 y 158). Sobre la Constitución de JUSTINIANO, que hubo de derogarlo formalmente (l. ún., C. *ut act. et ab her.*, IV, 11), SCHEURL *(Beitr. z. Bearb. d. röm. R.*, I, 3), cree que se le puede atribuir otro significado, y estimarla como el reconocimiento de la validez de una estipulación que no haya de surtir efectos hasta la muerte del estipulante, y con la que adquiere, para su patrimonio, un derecho cuyo ejercicio corresponde solamente a los herederos, sin que haya necesidad de acudir al recurso de la *adstipulatio*, o sea a la intervención de un testaferro en la estipulación para asegurar la representación en la obligación que se contrae después de la muerte del verdadero estipulante (cons. GIRTANNER, *d. Stipulation*, p. 285). Esta interpretación es dudosa, porque ya en una Constitución anterior (JUSTINIANO, 11. C. *De contr. stip.*, VIII, 37; cons. CUYACIO sobre esta ley, ed. de Nápoles, t. IX, c. 1.263) se reconocía la validez de la estipulación *post mortem;* por otra parte, el Derecho clásico ampliaba ya al heredero la eficacia del *pactum de non petendo* (CELSO, 23, *De pact.*, II, 14; cons. CUYACIO sobre esta ley también, t. I, c. 943), y la estipulación de una *obligatio facendi* (VENUL., 137, § 8, D. *De v. o.*, XLV), y la constitución de un usufructo (ULPIANO, 38, § 12, *eod.;* CUYACIO, t. I, c. 1.189); y como el usufructo, así como la *exceptio pacti* y el derecho a una prestación de hacer, eran en el Derecho clásico prestaciones que no podían transmitirse hereditariamente, la adquisición que de ellas hacía el heredero era precisamen-

169. Es requisito esencial para la validez de la donación, el que se consigne en escritura pública (artículo 1.056) (a), y que en escritura pública también se haga la aceptación, en el caso de ser ésta posterior a la donación misma (art. 1.057). Conforme a la doctrina dominante, fundada en la tradición del Derecho consuetudinario fran-

---

te *jure proprio*, no *jure hereditario*. El desenvolvimiento lógico del Derecho romano pudo llevar a reconocer que los derechos transmisibles *mortis causa* cupiera constituirlos en beneficio únicamente de los herederos, y de consiguiente, y por una voluntaria limitación del constituyente, en beneficio de uno de los varios herederos; pero lo niega CUYACIO (ad l. 33, cit., ad l. 56, D. *De v. o.*, t. I, c. 1.201), a quien sigue POTHIER *(Oblig.*, nn. 63. y sigs.); DONELO *(Comm. j. c.*, XII, c. 17, nn. 11 y sigs.), en cambio, es de aquella opinión que, respecto al Derecho vigente, defiende TOULLIER, t. VI, ps. 419 y sigs.; cuestión subordinada es la de si debe estimarse constituído el derecho, comenzando por los herederos, cuando se estipula por sí y por uno de los herederos, como afirma DONELO; o si cuando los efectos del negocio no se limitan expresamente a los herederos o a uno de ellos, y, aunque se nombre a uno solo, recobra su autoridad el principio general de que el derecho se incorpora al patrimonio del constituyente, y de éste se transmite según las cuotas hereditarias, como cree VANGEROW, § 608 *e*. — Pero sea cualquiera la amplitud con que se interprete nuestro Derecho, no es posible que éste acepte los principios del Derecho romano sobre el particular, porque a ello se opone irreductiblemente la prohibición de la *donatio mortis causa*. Porque si formalmente puede conciliarse la validez del negocio con el principio de que no cabe contratar por otro, ya que la persona del heredero no es más que la continuación de la del difunto (DONELO, *loc. cit.*; v., sin embargo, WINDSCHEID, § 528, nn. 6 y 7), se produce *una adquisición ajena a la adquisición de la herencia*, y, a pesar de ello, revocable *hasta la delación de esta última*, lo cual encierra una violación del principio de irrevocabilidad de las liberalidades no testamentarias. No he leído que alguien más haya comparado los pactos de esta clase con las *donationes mortis causa*, pero está dispuesto que a las liberalidades hechas indirectamente a los herederos se les apliquen las reglas de la reducción y de la colación de las transmisiones gratuitas a título singular: POTHIER, *loc. cit.*; MOLITOR, *Oblig.*, t. I, 60. Por lo demás, lo que trata de conseguir el que estipula por un heredero puede ordinariamente lograrlo adquiriendo para sí un derecho y ordenando un prelegado. Así no puede disponerse del usufructo, porque no está en la voluntad de los particulares hacerlo transmisible por herencia, y es lógica la prohibición de las disposiciones que a ello tendieran indirectamente; como lo sería la reserva del usufructo para sí y sus herederos, porque con ella *vendría a hacerse depender la sucesión en el disfrute de la existencia de una relación hereditaria*, aprovechándose del caso único en que, por ser primer titular el propietario enajenante, cabe que se establezca para más de un grado la separación entre el usufructo y la propiedad.

(a) [Comp. arts. 632 y 633 del Cód. esp.]

cés y en los trabajos preliminares del Código, las donaciones de bienes muebles realizadas mediante la simple tradición, o sea las donaciones manuales, son válidas aun cuando carezcan de la prueba solemne del instrumento público. La mayor parte de los escritores y tribunales italianos creen exentas únicamente de esta forma solemne as donaciones de cosas muebles de módico valor en relación con el caudal del donante; otros reducen la exención a aquellos regalos usuales que la ley contrapone a las donaciones y dispensa de la colación (art. 1.009); en cambio, la mayor parte de la jurisprudencia francesa la amplía a toda donación de bienes muebles seguida de tradición; doctrina enérgicamente combatida per CHIRONI, que no encuentra argumento alguno en el texto de la ley para diferenciar las donaciones de bienes muebles de las donaciones de inmuebles, las donaciones módicas y las no módicas, y rehusa someterse a la autoridad de la tradición francesa y a los propósitos que hubieron de manifestarse en la discusión del Código (1).

(1) *Sulla validità dei doni manuali (Studi Senesi*, t. II, págs. 3 y siguientes). V. también las citas que hace de jurisprudencia. Sobre la opinión primera, v. además, Apel. Módena, 28 Julio 1885, *Foro*, 1885, 1, 1.072; Apel. Venecia, 6 Marzo 1888, *eod.*, 1888, 1, 697; 24 Septiembre 1888, *eod.*, 1, 1.024; Apel. Casale, 27 Abril 1889, *Giur. cas.*, 1889, 253; Apel. de Milán, 1 Diciembre 1891, *Mon. trib. Mil.*, 1892, 648; Cas. Turín, 22 Abril 1892, *Legge*, 1892, 1, 49. Por la opinión de la doctrina francesa: Apel. Nápoles, 1 Junio 1892, *Movim. giur.*, 1892, 163. Sobre la limitación a los regalos usuales, v. PERENZONI, nota en el *Foro*, 1888, 1, 1.024; y para una limitación análoga a las cosas que de ordinario constituyen el objeto de las donaciones manuales: Apel. Catanzaro, 1 Abril 1892, *Giur. it.*, 1892, 447. Para la doctrina francesa, v. el trabajo completo de COLIN, *Étude sur les dons manuels*, París, 1885. Recientemente, ASCOLI, en un estudio muy perspicaz, *Concetto della donaz. nel diritto rom., con richiami al C. civ. it.* (Roma, 1893), advierte que la supresión de la escritura pública para las donaciones manuales no es más que un efugio con que atender a la necesidad práctica de facilitar prestaciones y remuneraciones tan justas como puedan serlo aquellas otras que la ley declara obligatorias; e intenta demostrar que esta necesidad puede ser satisfecha ampliamente con sólo rectificar el concepto corriente de la donación y despojarlo, lo mismo de cuanto signifique remuneración de servicios no obligatorios, prestada o prometida, que de las prestaciones y promesas en cumplimiento de negocios jurídicos que únicamente existen de hecho. A más de las singulares consecuencias prácticas de esta opinión, que sujetaría a la formalidad de la escritura aquellos actos que parece más natural que se exceptúen de solemnidades, como son los regalos ordinarios; y a más de la dificultad, para mí imposibilidad, de conciliarla con el texto del artículo 1.051, y de limitar la aplicación de éste y del concepto de donación a la re-

Por los fundamentos expuestos en la nota, declaro que lo que afirma la doctrina francesa está conforme con el espíritu del Código: cuando, para realizar su propósito, al donante se le exige el concurso de la autoridad social, la manifestación de su voluntad debe ser revestida de forma solemne; pero cuando la donación se ejecuta inmediatamente con la tradición manual, e inviste al donatario por el hecho del tradente de un derecho eficaz *erga omnes*, lo que

muneración de servicios sin valor patrimonial; insisto en que debe rechazarse la idea fundamental de ASCOLI y la distinción entre el otorgamiento gratuito de un derecho, y la donación, concesión gratuita de un derecho con propósito de hacer una liberalidad. Si, como dice SCIALOJA (*Foro*, 1887, 1, 525), hay que distinguir social y económicamente las diversas funciones que cumplen los actos a título gratuito, ello no implica que pueda y deba distinguirse su diferente carácter jurídico, fundándose en el elemento subjetivo de la intención del disponente; de igual suerte que no se puede distinguir el depósito irregular del mutuo, una vez desaparecidas las consecuencias particulares de la infamia unida a la condena del depositario (v. WINDSCHEID, § 379, nn. 4 y 5; Cons. Cód. civ., arts. 1.835, 1.837, 1.848, 1.829), El *animus donandi*, la intención del sujeto, carece de importancia, salvo en cuanto constituya un medio de prueba de la gratuidad, como la comprobación de la culpa del dañador es el medio para probar la existencia del nexo causal en que se funda objetivamente la responsabilidad (v. mi estudio *Causa nei contratti*, Roma 1892, pág. 37). La tesis de ASCOLI es una consecuencia del postulado erróneo, contenido en la teoría corriente del negocio jurídico, de que el Derecho objetivo sanciona los efectos a que se dirige en su desenvolvimiento lícito la voluntad individual. De donde se saca el argumento para probar que si no está prohibido realizar actos gratuitos, y los actos gratuitos surten efecto jurídico, uno de dichos actos gratuitos, la donación, es decir, aquel en que predomina el propósito exclusivo de realizar una liberalidad, está sujeto a la observancia de ciertas formas encaminadas a originar una reflexión más madura por parte del disponente; y sólo en las donaciones está la eficacia subordinada a la observancia de estas formas. En realidad, la tutela del desenvolvimiento libre de la voluntad individual no exige que se asegure el efecto de lo que se desea o se pretende realizar, sino solamente de lo que se hace: si la ley reconoce efecto a la intención que expreso, de que adquieras la propiedad de mi casa, aquélla es, con el concurso de ésta, la que transforma mi voluntad potencial en acto, y únicamente cuando la ley otorgue esa cooperación, y en las condiciones en que la otorgue, es cuando se producirá el efecto jurídico. Por consiguiente, para que produzcan efectos los actos gratuitos, no basta que no estén prohibidos; no podrán surtir los efectos que la ley señala cuando no preste la ley la asistencia que se exige para ello, es decir, cuando ésta no los garantice previamente; y la ley sólo los asegura si están adornados de forma solemne. Principio este de importancia mayor todavía en el caso de que medie promesa sólo, no realización de la prestación gratuita: la promesa en sí

constituye la forma de manifestar su voluntad es la misma ejecución. Y de esto deriva precisamente y con lógica rigurosa una consecuencia que rechaza la jurisprudencia francesa: si la ejecución constituye la forma de expresión de voluntad, no puede atribuirse efecto alguno a manifestaciones de voluntad verbales o escritas concomitantes a la ejecución, y, por consiguiente, los efectos de la donación manual no pueden modificarse con agregar un plazo o

---

es la exteriorización de una intención que, hasta que llegue el cumplimiento, puede variar; y mediante la ley es como a la promesa se superpone una obligación; es como se convierte aquélla en acto voluntario. Ahora bien; la ley no une a la promesa la obligación si no hay una causa objetiva, una pérdida actual o posible para aquel a quien se hizo la promesa; y quien no tiene derecho a recibir nada, nada pierde con que la promesa se incumpla; el derecho se adquiere mediante la donación, y el acto mismo que determina la adquisición de este derecho y por ello constituye la causa de la promesa, puede comprender también la afirmación de la promesa de la prestación con la que la donación quede hecha. Si no se cumplen las formalidades requeridas por la ley para el acto que de la promesa es causa, aquella, aunque aceptada, carece de causa, y, por lo tanto, es completamente ineficaz (sobre todo esto, v. la citada *Causa nei contr.*, ps. 56 y sigs., 60 y sigs., 72); no hay más que un caso en el que puede producir efecto, no la promesa, sino la prestación actual a título gratuito, aun cuando la voluntad del disponente no vaya acompañada de las formas legales prescritas; es *el caso en que la prestación sea susceptible de lograr el efecto perseguido por el disponente con independencia de la cooperación de la ley*, y este caso es el de la tradición de bienes muebles. Al paso que cuando digo o escribo que te doy mi casa, no adquieres realmente la disposición de ella, si no hay forma de poner en juego a tu servicio el mecanismo entero de la coacción social, cuando te entrego una moneda o un cheque de cien mil liras al portador, adquieres la posibilidad de disponer a tu antojo de ellos por el hecho sólo de tenerlos en tu mano. La ley que garantiza tu adquisición posesoria de buena fe, no es la que te confiere una potestad; lo que hace es impedir que se te prive de la potestad que tienes. Y aquí está toda la justificación de la teoría de las donaciones manuales: la concesión gratuita de un derecho inmobiliario, la asunción, gratuita también, de una obligación, hágase o no con intención de realizar una liberalidad, carece de efecto si no la reconoce la ley, y por tanto, es ineficaz si no se observan las formalidades prescritas por ella; la concesión de una cosa mueble por naturaleza o de un título al portador, si la ley no lo prohibe, produce efectos al verificarse. Y precisamente lo que no se encuentra ni en nuestro Código ni en el francés es esa prohibición e xpres, que puede resultar indirectamente de la dispensa de solemnidades para las donaciones mobiliarias módicas o con fines remuneratorios, y que completaría la protección que ha querido asegurar la ley a los intereses de la familia contra la facilidad de los actos de liberalidad.

condición, o con la reserva del usufructo a favor del donante. La voluntad de donar produce sus efectos inmediatamente que se ejecuta. A la voluntad modificada por término, condición o carga sobre el donatario, y particularmente cuando se reserva el usufructo a su favor el donante, no corresponde la ejecución inmediata, y esta incongruencia entre su voluntad y la manifestación de ella hace inexistente el negocio jurídico. Por lo tanto, si el donante desea reservarse el usufructo de la cosa donada, o disponer de antemano la resolución de la donación para el caso de premoriencia del donatario, hay siempre necesidad de acudir a la escritura pública. De igual suerte es imposible la donación manual solamente del usufructo, porque la toma de posesión de la cosa que ha de ser disfrutada no representa la división de los dos derechos distintos que quieren constituirse sobre la cosa; esta división implica la creación de un vínculo jurídico entre propietario y usufructuario, que limita el poder de disposición que recibe el segundo con la posesión de la cosa, y exige la declaración de voluntad encaminada a este fin, voluntad que no puede actuarse sino merced al concurso de la autoridad social; y el reconocimiento de esta relación no puede hacerse más que por medio de la escritura pública (1).

161. Puede el usufructo ser objeto también de un contrato de compraventa. Conforme al principio general de los artículos 1.125

(1) Vacilan la doctrina y la jurisprudencia francesa, pero prevalece la opinión contraria a la que se sostiene en el texto (v. COLIN, *op. cit.*, p. II, c. II, c. IV, s. 1). Se exige, desde luego, generalmente el abandono de la posesión por parte del donante, y, por lo tanto, la reserva del usufructo a su favor adquiere el carácter de un derecho de obligación exigible contra el donatario para la cesión de los frutos de la cosa. A fin de sostener que la tradición no excluye la reserva del usufructo, se invoca la acepción que tenía en el Derecho consuetudinario la máxima *donner et retenir ne vaut*, y los muchos estatutos que, aceptándolo como principio fundamental, lo consideraban cumplido con la *ficta traditio*, resultante de la reserva del usufructo (v. nota 2, pág. 416). Pero esto es una confusión extraña entre la condición a que en el Derecho consuetudinario quedaba subordinada la validez del acto jurídico de donar, y la condición a que en nuestro Derecho está subordinada la perfecta garantía del derecho de propiedad mobiliaria frente a terceros, en cuyo cumplimiento se puede tan sólo descubrir el carácter de una ejecución de la donación. Una sentencia del T. de Cas. de Turín, 29 de Octubre de 1883 *(Giur. tor.*, 1883, 1.137), siguiendo la doctrina francesa, declara que la donación manual puede someterse a una condición o a la reserva de usufructo cuando se trate, como en el caso aquél, de títulos al portador.

y 1.448, la propiedad del usufructo se transmite entre partes a causa del simple consentimiento manifestado legítimamente (a), y aun de un modo verbal cuando se trate del usufructo sobre muebles (1) en forma de escritura pública o de documento privado cuando tenga por objeto bienes inmuebles (art. 1.314) (2) (b); y puede variamente modificarse el contenido mismo del derecho, tanto respecto a las facultades como a las obligaciones del usufructuario. Los efectos *obligatorios* subsisten separados e independientes de los efectos *reales* del contrato; las obligaciones del comprador tienen por fundamento jurídico, al mismo tiempo que el derecho adquirido, la promesa hecha con motivo de la adquisición; las obligaciones del vendedor lo tienen en su promesa y en el equivalente prestado o prometido por el adquirente. En nuestro Derecho la coexistencia del usufructo y la propiedad sobre la cosa misma, no engendra obligaciones positivas en el propietario para con el usufructuario, y en ningún caso asumen carácter real las obligaciones del vendedor, que reconocen por causa la obligación del comprador de entregar el precio, siendo meramente obligaciones del sucesor en la propiedad a título particular (3). La relación obligatoria nacida de la venta, está sujeta a las reglas generales de este contrato, que sólo en un aspecto se modifica en atención a la índole particular del usufructo que constituye su objeto; la venta de un usufructo no puede ser rescindida por lesión, atendido a que el azar en punto a su duración impide que pueda determinarse un precio justo; pues éste no puede ser el equivalente de un valor *probable*, sino de un valor cierto (4).

(a) |En Derecho español hace falta la tradición para la transmisión del derecho real (arts. 609, 1.095, 1.445 y 1.462 y sigs.).|

(1) Cas. Florencia, 24 Noviembre 1879, *Mon. giur. ven.*, 1879, 520.

(2) La formalidad de la escritura pública no puede suplirla un documento que contenga la firma sólo del constituyente (Apel. Brescia, 30 Enero 1879, *Mon. trib. Mil.*, 1879, 262).

(b) |Comp. art. 1.280 Cód. esp.|

(3) V. *supra*, nn. 11 y 30.

(4) Cons. PACIFICI-MAZZONI, *Vendita*, t. II, n. 138. Así lo resolvió, para un caso semejante de venta con reserva de usufructo, el T. de Apel. de Nápoles, 6 de Abril de 1877, *Gazz. proc.*, XII, 131. Por el contrario, el T. de Apel. de Casale (15 de Diciembre de 1883, *Giur. Cas.*, 1884, 76) opinó que puede reconocerse la determinación de la lesión en la venta de bienes muebles e inmuebles hecha por precio único, con reserva de usufructo, valorando primero os muebles, a fin de obtener, con una regla proporcional, el *quantum* pagado

De la naturaleza del usufructo también depende que sea tomado en consideración el error esencial sobre la persona del adquirente (art. 1.110) (b), y que este error vicie el consentimiento e invalide el contrato (1). La nulidad y la rescisión del contrato implican la nulidad del derecho de usufructo constituído por él; el comprador adquiere un derecho *realmente* revocable; como tal derecho revocable puede transmitirlo, y revocables son el derecho de usufructo y los de garantía que pueda constituir sobre su usufructo. Lo mismo sucede si la constitución del usufructo se condiciona resolutoriamente con algo que no sea el incumplimiento de las obligaciones del adquirente; en cambio, si el comprador no cumple sus obligaciones, se resuelve la compraventa de pleno derecho o a petición del vendedor, pero solamente en perjuicio suyo, porque la revocabilidad no es inherente al derecho adquirido, sino que depende de una obligación suya no transmisible a los sucesores a título singular.

No es necesario repetir las consideraciones expuestas en el número 159 para demostrar la nulidad de la adquisición del usufructo para sí y sus herederos, aunque lo haya sido a título oneroso (2). Pero, en cambio, no hay dificultad en que, en un acto único, varias personas adquieran el usufructo sobre una misma cosa, en forma tal, que se les asigne su disfrute simultánea o sucesivamente. Si han de concurrir en el disfrute, no se dará, como no se da en la donación, el acrecimiento a los supervivientes de la porción que correspondiera a los que falten; pero no puede trasladarse, de los actos a título gratuito a los realizados a título oneroso, la prohibición de ordenar de antemano la transmisión en el disfrute; trátase de actos de aplicación tan circunscrita, que no exigen la intervención prohibitiva de la ley, a pesar de la limitación real que se impone a la propiedad, y que sólo en parte está compensada con obligaciones correlativas de los adquirentes, con más motivo cuanto que no tie-

por ellos para deducirlo del precio total y detrayendo después el valor del usufructo calculado conforme a las reglas de las rentas vitalicias. TROPLONG (*Vente*, nn. 792, 793) niega la rescisión en la venta del usufructo y la admite en la venta con reserva de usufructo. En contra, los comentaristas belgas (a).

(a) [V. arts. 1.291 y 1.293 del Cód. esp.]

(b) [Art. 1.266, § 2.º]

(1) PROUDHON, *Usufr.*, n. 13.

(2) *Contra:* PROUDHON, *Usufr.*, nn. 326 y sigs. El T. de Apel. de Casale, 24 Agosto 1886, *Giur. tor.*, 1886, 261, declara que no puede durar el usufructo más allá de la vida de aquel a quien se concede, aunque se estipulase por toda la vida de quien lo confiere.

nen el alcance de una donación de usufructo sucesivo, que sería eficaz aun para los no concebidos.

162. Los criterios expuestos en el capítulo precedente (§ 2) pueden, en parte, aplicarse a las donaciones para resolver las dudas de si existe un legado de usufructo o un derecho distinto, y cuál sea la extensión objetiva de dicho legado de usufructo. Más difícil es que lleguen a ser invocados para la interpretación de enajenaciones a título oneroso, en que, de todas suertes, al decidir sobre la naturaleza y extensión del derecho, puede encontrarse otro elemento en la importancia de la contraprestación o equivalente estipulado (1). Pero puede surgir la duda de si el contrato es de arrendamiento de cosa o de venta del usufructo. Ya la estipulación de un equivalente aproxima al arrendamiento la concesión del usufructo; en primer lugar, porque en el equivalente encuentra el propietario una sustitución al disfrute que transmite, como el arrendador transforma la utilidad que podría obtener de la cosa con su esfuerzo, en la que le procura el precio que paga el arrendatario; y además, porque con la estipulación de esa equivalencia corre parejas normalmente la asunción correlativa por el propietario de la obligación de asegurar la pacífica posesión y la falta de vicios o defectos que puedan impedir el uso de la cosa al concesionario (2). Tampoco el precio de la venta se distingue del precio del arrendamiento porque de ordinario éste se subdivida en prestaciones periódicas, puesto que nada se opone a que en el arrendamiento se pacte el pago de una vez de toda la merced, o que se subdivida el precio de la venta, y se obligue el comprador a satisfacerlo en varios plazos, o que se estipule como precio una renta de duración igual a la del usufructo. De otra parte, los contratantes están en libertad de modificar la determinación legal del vínculo entre propietario y usufructuario, así como la relación entre arrendador y arrendatario, acercando más el uno al otro, y lo mismo pueden asignar al usufructuario o al arrendatario derechos y obligaciones más amplios o más restringidos que

(1) PROUDHON, *Usufr.*, n. 504.

(2) No es que la obligación de garantía del vendedor sea igual exactamente a la obligación del arrendador. Si el comprador del usufructo deja usucapir en perjuicio suyo y del propietario, no puede pretender resarcirse luego con la evicción; el arrendatario, que carece de acción propia para interrumpir la prescripción, conserva siempre el derecho a que el arrendador le garantice el uso de la cosa.

los que les asignan los preceptos supletorios del Código, y que, por ejemplo, quien lo concede prometa al usufructuario entregarle la cosa en buen estado de conservación, dispensarle de afianzar y liberarlo del pago de reparaciones ordinarias, u obligarse el arrendatario a recibir la cosa en el estado en que se encuentra al celebrarse el contrato y a satisfacer, además de las reparaciones que están a cargo de los de su clase, las reparaciones ordinarias y el pago de las cargas inherentes al disfrute. Estos, y otros pactos semejantes, no bastan por sí solos para calificar la naturaleza del derecho concedido y para juzgar si se trata de una venta de usufructo o de un arrendamiento, y resolver, por tanto, según las normas legales respectivas, las relaciones que las partes no hayan regulado expresamente; habrá que tomar aquellos datos en consideración y atender a la calificación que se haya dado en el contrato a ese derecho.

Hay, por lo demás, pactos incompatibles con la concesión de un usufructo, como los hay a su vez incompatibles con la índole del contrato de arrendamiento, y de la existencia de tales pactos podrá inferirse si las partes han querido establecer una relación distinta de la que han bautizado con aquel nombre. En preferentísimo lugar está el que, para la duración del usufructo, se desentendiese del final de la vida del titular de este derecho, y a la inversa, el pacto que hiciera depender de ella la duración del arrendamiento. Si cuando se dona el usufructo por un cierto tiempo se dispone que al extinguirse el usufructo, antes del plazo de duración que se le ha señalado, se transmita a los herederos, es nulo el tal pacto; pero la donación no se invalida, porque no constituye una condición, y a la muerte del usufructuario, y por ministerio de la ley, el usufructo se consolida con la propiedad. Si aquella cláusula se agrega a una venta de usufructo, siendo así que hay otras cláusulas que acerquen los derechos y obligaciones del concesionario a los del arrendatario, no quedará ineficaz (1), sino que podrá inducirse algunas veces que lo que se ha querido celebrar es un contrato de arrendamiento. Y por otro lado, al arrendamiento de por vida de un fundo rústico pueden dársele los efectos de un arrendamiento por tiempo indeterminado; pero si al designado como arrendatario se le impone, por ejemplo, la carga de las reparaciones ordinarias, o si el concedente queda dispensado de la obligación de entregar y conservar el fundo en buen estado, es preferible reputarlo venta de usufructo

(1) V. nota 2, pág. 428.

por precio o por una renta vitalicia (1), y no cabe duda que habría que pronunciarse por la constitución de un usufructo, cuando al supuesto arrendatario se le concediese la facultad de hipotecar su derecho, porque ésta presupone la existencia de un derecho real inmobiliario. En cambio, si en la venta de un usufructo se impone el adquirente, en vez de unos límites cualesquiera al disfrute, la obligación positiva de cultivar el fundo con sujeción a ciertas reglas, o en general, usar de un modo determinado de la cosa, hay en este contrato los caracteres esenciales del arrendamiento, porque esas modificaciones que la contraprestación pactada supone respecto al vínculo peculiar de la relación entre propietario y usufructuario, no pueden, sin desnaturalizar el derecho mismo de usufructo, que es, por su esencia, independiente y antitético radicalmente del de propiedad, hacer que el usufructuario dependa de los intereses y de la voluntad del propietario (2).

En cuarto lugar puede constituirse el usufructo *inter vivos* con la venta de la nuda propiedad o con la reserva expresa del usufructo para sí o para otro al venderse la propiedad. Y por las razones expuestas cuando hablamos de la venta del usufructo, también este contrato está exceptuado de la rescisión por lesión. En cuanto a la eficacia de la reserva pactada a favor de una o más personas distintas del vendedor, son de aplicar los principios expuestos respecto a la donación con reserva de usufructo. Para juzgar

---

(1) El Cód., art. 1.571, permite el arrendamiento vitalicio de una casa. Pero no habría arrendamiento vitalicio si se estipulara por un tiempo determinado con cláusula de que habría de cesar si el concesionario moría antes de expirar aquél, y esto sería otro factor para inclinarnos en favor de que lo que había era una venta de usufructo. En el Derecho francés antiguo prevalecía la doctrina de que el *bail à vie* equivalía a la constitución de un usufructo, y de este modo se lograba sustraerlo al pago de los derechos feudales que gravaban los arrendamientos por más de nueve años. POTHIER, *Contr. de louage*, n. 27; MERLIN, *Rép.*, v. *Usufr.*, § 1, 3. El Código de Napoleón no prohibe el arrendamiento de por vida, y, por tanto, resulta más inseguro que en nuestro Derecho el juicio acerca de una venta de usufructo. PROUDHON, *Usufr.*, n. 104; TROPLONG, *C. de louage*, nn. 25, 26.

(2) ¿Puede renunciar a su derecho el adquirente de un usufructo a título oneroso? Puede, indudablemente, liberarse de las cargas y de las reparaciones; pero con la renuncia no puede liberarse, como afirma PROUDHON (*Usufr.*, n. 105), de la obligación de pagar el precio, o aquella parte de él no satisfecha que no tenga por causa única el derecho mismo, sino la promesa aceptada junto con la adquisición del derecho, pues dicha obligación subsiste aun cuando no conti-

de la capacidad de la persona en cuyo favor se estipula la reserva, no es necesario atender a la naturaleza del contrato celebrado entre vendedor y comprador, sino a la relación que pueda existir entre el vendedor y el tercero; y si, como de ordinario acontece, no preexiste un vínculo obligatorio y la reserva tiene por lo tanto el valor de una donación indirecta, recobra su vigor el principio de que no puede pactarse la sucesión de varios en el disfrute después de aquel que transmite la propiedad.

163. Puede consistir el equivalente o contraprestación del usufructo constituído *inter vivos*, aparte de un precio, en una renta temporal o vitalicia, en la cesión de una cosa o de un derecho o en la renuncia a uno de estos últimos. Puede existir así una venta de usufructo unida a la constitución de una renta, y a la renta puede señalársele la duración misma del usufructo o la de la vida del enajenante (1); puede haber permuta del usufructo por una propiedad, por otro usufructo, o una servidumbre, o un crédito; por último, cabe constituir un usufructo mediante una transacción. Los efectos obligatorios del contrato quedan siempre distintos de la constitución del derecho real de usufructo; salvas las limitaciones de que me ocuparé en el número 171, esta constitución se produce a causa exclusivamente del consentimiento, que debe manifestarse siempre en escritura pública, o documento privado, cuando tenga por objeto

núe el disfrute. Sobre todo esto, v. PROUDHON, nn. 98 a 113; TROPLONG, *Louage*, nn. 4, 19, 24 y sigs. La diversidad del vínculo jurídico no puede apoyarse en base económica distinta de las relaciones intercedentes entre arrendador y arrendatario, y entre propietario y usufructuario que adquirió a título oneroso. TROPLONG *(op. cit.*, n. 19) dice con razón que el nudo propietario pierde todos los productos de la cosa, y que la renta que recibe en cambio no es un fruto civil de la cosa vendida, sino el producto del capital constituído en renta como precio del usufructo. Pero esto no quita para que aquellos productos representen el equivalente de la utilidad cedida al usufructuario, como los frutos civiles que forman la merced representan el equivalente de la utilidad cedida al arrendatario.

(1) En el segundo caso hay un doble azar, y por tanto, hay una razón más fuerte aún que en la venta del usufructo por un precio único para rechazar la rescisión por lesión; en cambio, en el primero, cuando el contrato no ha perdido el carácter de venta para adquirir el de arrendamiento (v. número anterior), cesa el azar derivado de la incertidumbre en la duración del goce, porque se adeudan tantas prestaciones equivalentes como períodos de disfrute, y así vuelve a posibilitarse la acción de rescisión.

bienes inmuebles. Puede asimismo constituirse un usufructo en la división voluntaria (1), adjudicándolo a uno de los comuneros con relación a todos los bienes divisibles o sobre parte de ellos, con o sin una cuota de propiedad (2).

En la constitución de la dote hay ínsita una constitución de usufructo a favor del marido contra el equivalente de la asunción de las cargas del matrimonio. La distinción entre dote inestimada y dote estimada corresponde exactamente a la distinción entre usufructo y cuasiusufructo. Si a los bienes dotales se les ha atribuído el carácter de cosas no fungibles, la mujer continúa siendo propietaria de ellos y el marido adquiere tan sólo un derecho real de disfrute; si son fungibles, se convierten en propiedad del marido, que está obligado a restituir el equivalente al ser disuelto el matrimonio. Los comentaristas del Código francés y del nuestro combaten con energía que el marido tenga el usufructo de los bienes dotales (a); y algunos de ellos, ateniéndose a la tradición del Derecho romano, le atribuyen la propiedad; propiedad anómala, propiedad *sui generis*, para conciliar formalmente esta tesis con las disposiciones terminantes del Código que reservan a la mujer la propiedad (3); otros caen en el extremo opuesto, y hasta llegan a equiparar la condición del marido en este caso con la de un acreedor anticrético, negando

(1) V. más adelante, n. 171.

(2) A diferencia de lo que ocurre en la venta, en general no puede rechazarse la posibilidad de rescindir la división por lesión en más de la cuarta parte, aunque una de las cuotas comprenda un derecho de usufructo; porque puede aparecer indudable que uno de los comuneros no haya recibido las tres cuartas partes de la cuota que le corresponde, independientemente de la valoración del usufructo, que en todo caso es inferior a la del pleno dominio.

(a) [El Código español atribuye claramente al marido el carácter de usufructuario de los bienes de la dote inestimada (art. 1.357), si bien, en los casos ordinarios de existencia de sociedad de gananciales, tiene el usufructo del marido una limitación especial, pues se hacen comunes los frutos de los bienes dotales.]

(3) V. principalmente TROPLONG, *Contr. de mariage*, nn. 3.098 y sigs., que induce, entre otras consecuencias, la posibilidad de que el marido de buena fe llegue a usucapir la dote constituída por el no propietario, a pesar de la mala fe de la mujer (el mismo, *Prescription*, n. 890), y la de usucapir en su propio beneficio la dote que él o sus herederos sigan poseyendo después de disuelto el matrimonio, a diferencia de lo que ocurre con el que principia poseyendo en precario (*eod.*, n. 483. *Contra:* BÉLIME, cit. *eod.*, en nota, ed. Bruselas, 1843).

a su derecho carácter real (1). No hay necesidad de refutar esta segunda opinión, que se destruye con sólo observar que llevaría como necesaria consecuencia a facultar a la mujer para frustrar los efectos de la constitución de la dote, enajenando por sí los bienes cuando en el contrato de matrimonio se la autorizase para vender. Con argumentos más sólidos se intenta privar al derecho real del marido del carácter de usufructo; pero como la ley vigente ha salvado la artificiosa construcción romana (2), que negaba la propiedad de la mujer sobre la dote durante el matrimonio, ninguna utilidad ofrece recurrir a la construcción de un derecho *sui generis* cuando se explican perfectamente todas las diferencias entre la situación del marido y la del simple usufructuario, en parte como modificaciones legales al contenido de su usufructo, en parte reconociendo que, *además del derecho de usufructo*, está investido de facultades de administración como representante de la esposa propietaria (3), análogas a las que corresponden a los padres sobre los bienes de sus hijos menores. Si para eximir al marido de la obligación de afianzar no es necesaria una dispensa expresa, y en cambio, para exigirla, es necesario que en el acto de constitución de la dote así esté indicado expresamente (4); y si el reparto de frutos naturales entre usufructuario y propietario, al extinguirse el usufructo, no procede conforme al principio del artículo 480, sino que se hace según la norma establecida para los frutos civiles (arts. 481

(1) TOULLIER, t. XIV, nn. 134 y sigs.

(2) Y como artificiosa fué reconocida en las fuentes: JUST., 30 pr. C. *De jure dot.*, V, 12.

(3) Representación, no representación exclusiva. El artículo 1.399 sí afirma que «*solamente* el marido tiene la administración de la dote» y que «es el único con derecho a actuar»; pero el artículo 1.417 presupone la posibilidad de un acto de administración realizado por el marido y la mujer juntamente, y la jurisprudencia interpreta el 1.399 como si dijese que «tiene derecho a administrar solo». V. recientemente Cas. Nápoles, 30 de Abril 1890, *Foro*, 1890, 1, 924. Más aún: la jurisprudencia niega generalmente al marido por sí la representación pasiva (art. 2.079): v. E. BIANCHI, *C. di matrim.*, nn. 189 y sigs.; *contra:* TROPLONG, *C. de mariage*, n. 3.107.

(4) Salvo que él sea propietario de bienes inmuebles, en el cual caso, por ministerio de la ley, corresponde a la mujer la garantía hipotecaria (art. 1.969, 4) (a).

(a) [En Derecho español, el marido no tiene obligación de prestar fianza como usufructuario, aunque se le imponen obligaciones especiales equivalentes (arts. 1.358 y 1.361, párr. 2.º).]

y 1.416) (1) (a), estas particulares determinaciones del contenido de su derecho no son tales que justifiquen la busca de una nueva categoría jurídica en que colocarlo. Ni siquiera lo desnaturaliza lo que verdaderamente constituye su característica más significativa, o sea, la inalienabilidad y la incapacidad para hipotecar; elementos que tiene de común con el derecho de disfrute de los padres sobre los bienes de los hijos menores, al que la ley misma da el nombre de usufructo (2).

Es necesario que el usufructo dotal no salga del patrimonio del marido ni aun subrogado por otros bienes distintos, y no porque con ello se pretenda asegurar la destinación de la dote a levantar las cargas familiares, sino para que el marido conserve la posibilidad de atender a este fin durante todo el tiempo de disfrute; y, sobre todo, para que anticipadamente no pueda frustrarse aquel recurso supremo de la separación, que está destinado, no a impedir que sea disipada, sino que se aparte de su cometido (3). Pero el hecho

---

(1) Y como aquí al propietario no le está reservado el azar de obtener con los frutos no separados a la terminación del usufructo una compensación de aquellos no separados al comenzar éste, y que, como a los demás usufructuarios pertenecen al marido; a diferencia de los demás usufructuarios, el marido deberá indemnizar al propietario de los gastos del cultivo y siembra (arts. 445 y 480). El marido no está obligado a denunciar las usurpaciones, pero no porque sus obligaciones sean menores que las de los demás usufructuarios, sino porque él mismo, como administrador, puede y debe rechazarlas en interés de la esposa (art. 1.408); cons. E. BIANCHI, *op. cit.*, n. 205. Hay dudas acerca de si el marido tiene derecho a ser indemnizado por las mejoras hechas, en los casos en que se niega aquél a los demás usufructuarios; mi opinión es negativa, y en esto veo una de las consecuencias más importantes de la asimilación de su derecho al de usufructo: v. libro III, capítulo III.

(a) [Comp. art. 1.380 Cód. esp.]

(2) La ley necesita declarar expresamente que este derecho no es susceptible de ser hipotecado, precisamente porque le da el nombre de usufructo; el Código francés habla de *droit de jouissance des parents*, y con eso desaparece su nombre en la enumeración de los bienes susceptibles de hipoteca; lo mismo ocurre en nuestro Código para el derecho del marido sobre los bienes dotales; son dos formas distintas de llegar a la consagración del mismo principio.

(3) La inalienabilidad absoluta del usufructo del marido (que implica que no cabe ceder tal derecho ni su ejercicio), no puede ser derogada en el contrato matrimonial, porque sería un pacto contrario a la naturaleza esencial de la dote; pero puede derogarse la inalienabilidad de la dote misma y de los derechos dotales que aseguran los de la mujer al ser disuelto el matrimonio. El marido tiene el cuasiusufructo de las cosas dotales fungibles y, por lo tanto,

de que no pueda salir del patrimonio del marido, presupone que ha entrado en él como derecho independiente, y que indirectamente, y toda vez que el marido *adquiere* por razón de este derecho, los acreedores de él aumentan su garantía (1).

Por último, si el objeto de la constitución de la dote es una nuda propiedad (2), el marido no adquiere para sí el usufructo hasta que no se reúna a la nuda propiedad, y su derecho sobre la dote queda reducido a administrarla en interés de la esposa. Pero esta limitación sólo puede derivar de una reserva de usufructo en beneficio del constituyente, destinada, por lo general, a no prolongarse por más tiempo que el de duración del matrimonio; un pacto distinto, que, por ejemplo, reservase a la mujer el usufructo, chocaría con la naturaleza de la dote, y en caso de constituir una condición de las aportaciones de la esposa, imprimiría a éstas el carácter jurídico de bienes parafernales (3).

Asimismo se ha pretendido que encierra una constitución de usufructo la sociedad universal de ganancias, que implica la puesta en común del disfrute de los bienes de los asociados (4). Como en la sociedad universal de bienes los socios se convierten en copropietarios, en ésta los socios se hacen cousufructuarios, y queda íntegra a los individuos la nuda propiedad. El artículo 1.731 (artículo 1.867 del Código francés) (a) condena esta tesis. La pérdida de una cosa cuya propiedad ha sido aportada no disuelve la sociedad, pero sí la pérdida de la cosa entregada en usufructo. Parecería inexplicable la diferencia si, confiriendo el disfrute, se atribuyese un derecho real a los demás socios; la entrega en este caso se-

se convierte en propietario de ellas con la obligación de restituir; y como lo que está obligado a restituir es el valor de los bienes recibidos, ningún acto de disposición de él puede frustrar el derecho de la mujer a asegurar, mediante la separación, los frutos futuros para las necesidades familiares.

(1) En el capítulo III del l. IV he de tratar la cuestión de la inembargabilidad parcial o total de los frutos dotales, que hay que distinguir claramente del principio de la inalienabilidad del derecho a los frutos. Lo que contradice la asignación de un derecho de usufructo al marido es únicamente la tesis de *la absoluta* inembargabilidad y no la del embargo parcial.

(2) Como en Derecho romano era, indudablemente, posible; PAULO, 4 D. *De j. d.*, XXIII, 3; DIOCL. y MAX., 17, 18, C. *De j. d.*, V, 12.

(3) Si se aporta un derecho de usufructo entre otros bienes dotales (véase arts. 1.413, 1.416) existe constitución de un usufructo sobre otro usufructo.

(4) TROPLONG, *C. de société*, n. 581; Cons. nn. 289, 921, 943 y sigs.

(a) [Art. 1.701 del Cód. esp.]

ría perfecta y quedaría cumplida la obligación del aportante en el momento de ser adquirido el derecho real; la pérdida de la cosa acarrearía al aportante la pérdida de la nuda propiedad y la pérdida del usufructo para todos los socios. El daño del frustrado disfrute no debería recaer sobre el aportante, y los beneficios que el patrimonio fuese susceptible de dar a la sociedad por medio de las cosas restantes debería distribuirse conforme a la aportación primera o en la proporción señalada por el contrato. Pero al disponer la ley que la sociedad se disuelva, presupone la imposibilidad del cumplimiento de las obligaciones con la pérdida de la cosa cuyo disfrute se ha puesto en común; es decir, presupone que esta obligación no tenía por objeto la constitución de un derecho real, sino una actividad continuada, dirigida a procurar el disfrute, como la que constituye el objeto de la obligación del arrendador para con el arrendatario.

164. Todos los contratos hasta aquí examinados tienden a constituir simultáneamente el derecho real de usufructo y un derecho de obligación. La constitución del derecho de usufructo es un acto a título oneroso, aun cuando el equivalente que reciba el que lo constituye consista en la cancelación de una obligación preexistente, y resuelva el vínculo jurídico que lo unía a aquél, para crear la relación entre propietario y usufructuario y unas obligaciones que tienen por fundamento, no el antiguo negocio jurídico, sino exclusivamente el derecho de usufructo que nace como derivación de él. Esta constitución de usufructo *solvendi causa*, tiene el carácter de pago cuando su constitución misma forme el objeto de la obligación existente; y de dación en pago, cuando tuviera un objeto distinto la obligación. Pertenece a la primera clase la transmisión del usufructo hecha por el heredero al legatario en los casos en que el testador no haya querido o podido deferir inmediatamente el derecho real (1). A la segunda, la concesión del usufructo cuando el concedente, por razón del contrato originario, de que nace su obligación, está facultado para sustituir así la obligación asumida (o impuesta) y cuando haga dicha sustitución de acuerdo con el acreedor (2).

(1) V. nn. 99-100. La promesa de venta de un usufructo, a cambio de la promesa de pagar el precio, que no transfiere el derecho real, crea una obligación que es cumplida con la constitución del usufructo.

(2) V. en Polacco, *Della dazione in pagamento* (Padua, 1888, t. I, nn. 45 y siguientes), la prueba de que el ejercicio de una *facultas alternativa* es

Con la constitución del usufructo a favor del acreedor de un capital, en lugar de extinguir sencillamente la obligación viva con una diversa prestación de la debida, cabe reservar la posibilidad del disfrute en forma específica. Así sucede con el pacto de que el usufructo quede extinguido cuando el constituyente, deudor, pague íntegramente la deuda (1). El contrato no por eso deja de tener las características de la dación en pago, pues el acreedor no adquiere la garantía de que se cumplirá la obligación, sino que da a la constitución del usufructo el valor de la ejecución, reservándose sólo la posibilidad de que este usufructo se sustituya por la ejecución específica. Y el derecho de usufructo constituído bajo esta condición resolutoria, no puede confundirse con un derecho de anticresis, atribuyéndole la eficacia real que le niega la ley (2), principalmente porque como derecho de usufructo es intransmisible por herencia y de duración incierta, y al morir el acreedor, no sólo pierde éste el derecho de usufructo, sino la posibilidad de que a tal derecho lo sustituya el cumplimiento específico de la obligación. De igual suerte puede ser constituído un usufructo a favor de un acreedor bajo la condición suspensiva de no satisfacerse la obligación dentro de un cierto plazo.

También admitía el Derecho romano la posibilidad de conferir al acreedor la facultad de ser pagado con la constitución de un derecho de usufructo sobre la cosa, en vez de hacerlo con la venta de ella, y a este contrato podía agregarse otro que atribuyese al acreedor la facultad de ejercitar él mismo el usufructo hasta que obtuviese el pago. Este segundo contrato tendría eficacia en el Derecho actual, o como anticresis, o como concesión de usufructo bajo condición resolutoria, en el sentido indicado en el párrafo anterior. El primero, en cambio, es imposible; porque supone la asignación al acreedor de un derecho real de contenido distinto al

---

una dación en pago necesaria. Ejemplos de dación en pago voluntaria: el acto constitutivo de un usufructo sobre una renta o Deuda inscripta en el Gran libro, para pago de pensión, extingue la pensión e implica la correspondiente transmisión de la riqueza mueble (Cas. de Roma, 14 de Septiembre de 1885, *Foro*, 1885, 1, 1.160); un acto *inter vivos* de reconocimiento de una deuda por salarios atrasados, para cuyo pago se asigna el usufructo de un fundo a contar desde la muerte, no es testamento ni donación *mortis causa*, y, por lo tanto, es ineficaz para con los herederos la cláusula en que se les prohibe molestar al usufructuario (Apel. Turín, 30 de Noviembre de 1881, *Giur. tor.*, 1881, 146).

(1) Cons. n. 105.

(2) V. número 57, en principio.

de garantía en forma de prenda o de hipoteca; es decir, del derecho de hacerse pago con el precio de la constitución del usufructo, en vez de hacerlo con el precio de la venta. Ni puede tampoco reputarse como asignación del derecho de garantía corriente sobre un usufructo; porque el contrato mismo presupone la inexistencia de ese usufructo, aun cuando haya de ser constituído por obra del acreedor (1).

165. La ley de 25 de Junio de 1882 acerca de la extinción del paludismo y saneamiento de los terrenos palúdicos, luego de regular la formación de asociaciones entre propietarios de los fundos qus hubieran de ser mejorados, dispone (art. 31) que en las mejoras que exigen el relleno de terrenos, los propietarios podrán permanecer en posesión de los fundos durante los trabajos y disfrutar de las utilidades que éstos sean susceptibles de dar y no dificulten los

(1) El derecho del propietario a hipotecar o pignorar el usufructo, lo reconocen MARCIANO, 11, § 2, D. *De pign.* XX, 1, y GAYO, 15, pr. *eod.* Según MARCIANO, los efectos de esta prenda consisten en que el acreedor pueda ejercitar el derecho de usufructo; pero como PAULO, en la ley siguiente, afirma la pignorabilidad de la *via*, del *iter*, del *actus*, del *acquæductus*, y le atribuye dos efectos distintos (que el acreedor pueda ejercitar estas servidumbres, si tiene un fundo vecino, mientras no se le pague, y que pueda venderlas a un propietario vecino, si no se le paga), créese, generalmente, que la pignoración del usufructo produce también este segundo efecto. Ninguna de las construcciones jurídicas que se ha intentado hacer de estas relaciones, satisface completamente. En opinión de los escritores más antiguos, era el acreedor mismo el que advenía titular del usufructo y de la servidumbre. Pero con ello era reconocido un derecho de prenda sobre cosa propia, y la posible enajenabilidad de la servidumbre, separada del fundo dominante, que sería aquel para el cual la hubiese adquirido el acreedor. Otros distinguen el derecho de usufructo o de servidumbre que el acreedor adquiere, de aquel otro de igual contenido que, al no ser satisfecho, está facultado para constituir (DERNBURG, *d. Pfandrecht*, I, § 63), con lo cual no queda eliminada la singularidad de una prenda sobre el propio usufructo, y nos hallamos, además, ante una prenda sin derecho a enajenar. La teoría que hoy prevalece (BÜCHEL, *Civil. Erörterung.*, t. I, n. 3, citado y seguido por VANGEROW, § 367, II), ve como titular del derecho real de usufructo o de servidumbre a quien los adquiere del acreedor. No se explica cómo un derecho inexistente, cual éste, pueda ser objeto de hipoteca. Otros (WINDSCHEID, § 228, n. 11) consideran objeto de la hipoteca la cosa misma, no el derecho de usufructo, y modificada por el contrato que limita la hipoteca al usufructo o a la servidumbre, no la extensión del objeto de la hipoteca, sino la extensión de las facultades comprendidas en la hipoteca; en vez de enajenar, el acreedor obtiene la utilidad de la cosa hipotecada con aquella enajenación parcial consistente en

trabajos en ejecución. Pero para evitar que el beneficio común se obtenga a costa de desproporcionado sacrificio, autoriza a los propietarios para renunciar a la posesión de los fundos que por exigencia de los trabajos que hayan de emprenderse aminoren sus utilidades, mediante la indemnización anual que se convenga, a base del promedio de la renta de los mismos en el decenio anterior. En este caso, la asociación ocupante de los terrenos donde se realizan los trabajos, se convierte en usufructuaria hasta la terminación de éstos, y, por consiguiente, tenemos aquí la constitución de un usufructo a título oneroso, en que el propietario individual cede a la asociación de propietarios el disfrute, limitado como está por las necesidades del saneamiento, a cambio de una indemnización, y teniendo dicho disfrute la asociación como un derecho que continúa, a pesar de posibles cambios en la propiedad de los fundos; los sucesivos adquirentes, para obtener las utilidades mayores que

---

la constitución del usufructo. Esta es, sin duda, la construcción más sencilla; pero también es singular la asignación al acreedor de la posesión de un derecho aún por nacer. V., por otra parte, GAYO, 3, D. *De precario*, XLIII, 26. KELLER (*Jahrb. d. gem. R.*, II, 4, cit. por WINDSCHEID) interpreta de modo muy distinto los fragmentos citados: *si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat* significaría, no que el acreedor pueda constituir en favor de un tercero el derecho real, para pagarse con el precio, sino la posibilidad de conceder el derecho real al acreedor mismo, bajo condición suspensiva del no pago en cierto plazo; relacionando con lo dispuesto en la l. 11, tendríamos siempre la constitución de usufructo como dación en pago o bajo condición resolutoria o como condición suspensiva; cosa que puede hacerse dentro del régimen jurídico vigente (v. *supra*, págs. 438 y 439); pero me parece inexacta la interpretación, a menos de enmendar el texto. El que, por otra parte, los jurisconsultos romanos pudiesen reconocer este modo, bastante singular, de realizar parcialmente el valor de la cosa, para satisfacer a los acreedores, autorizando la constitución de un usufructo o de una servidumbre sin determinación previa del titular y del fundo dominante, se armoniza con la reconocida constitución voluntaria de usufructo *pro qualibet persona* (v. *supra*, nota 3, pág. 419) y con la reserva genérica de la servidumbre en la venta de una casa, a causa de la cual *vel suis ædibus eas servas facere potest vel vicino concedere servitutem* (ULPIANO, 6, § 3, D. *comm. prædior.*, VIII, 4); *scilicet ante traditionem*, esto es, hasta tanto que no se trata de dar a este contrato eficacia real. En el Derecho vigente debe ser rechazado resueltamente que el propietario pueda hipotecar el usufructo o una servidumbre, o el derecho de constituir uno u otra. V. TROPLONG, *Priv. et hyp.*, nn. 401, 402. Trata de ello un artículo de BALBI, que no he podido encontrar (*Ipotecabilità dell'usufrutto causale*, en *Gazz. leg. gen.*, 1878, 265).

pudieran dar los fundos en el último período de los trabajos de mejora, no pueden intentar recuperarlos, aunque renuncien a la indemnización, hasta que terminen los trabajos (1).

166. Los actos *inter vivos* engendradores de la constitución de usufructo, están sometidos a las reglas generales que tutelan los derechos de los acreedores y de los legitimarios, frente a la libertad de disposición del propietario. Los acreedores, mediante la acción Pauliana, pueden impugnar tanto la donación como la venta del usufructo realizadas en fraude de sus derechos, haciendo que se reintegren al patrimonio de su deudor; pueden impugnar la donación o la venta de la nuda propiedad hecha en fraude, y consolidar con la propiedad el usufructo que se hubiera reservado el enajenante (siempre sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros sobre el usufructo o sobre la nuda propiedad, cuando uno u otro se hayan separado del patrimonio del deudor). Los legitimarios pueden exigir la reducción de las donaciones de usufructo o de nuda propiedad que excedan del valor de la parte de libre disposición, y para asegurar el dominio pleno de aquella porción del caudal que, como legítima, pudiera ser perjudicada (tanto como con un legado, con una donación de usufructo, o una donación de nuda propiedad que reservase el usufructo a una o más personas juntas o para después del disponente), pueden acogerse, aun cuando el valor de lo dispuesto no supere a la totalidad de la parte libre, a la solución que les ofrece el artículo 810 (a) y completar su legítima, renunciando a la propiedad de la parte libre que debería corresponderles (2). Por último, para restablecer la igualdad en el reparto del caudal, que no puede ser alterado por liberalidades *inter vivos* sin expresa declaración del disponente o testador, los descendientes — repito — pueden exigir la colación e imputación a la legítima de los demás descendientes, sus coherederos, tanto del usufructo como de la nuda propiedad que les hubiera sido donada.

En cuanto a la donación con reserva de usufructo a favor del donante sólo, la lesión que con ella se pueda causar al derecho de

(1) No se discute el carácter *real* del vínculo que se constituye con la ocupación de los fundos por parte de la asociación; pero, en cambio, se discute vivamente el carácter de realidad del derecho de la asociación a las aportaciones; v. *contra*, VIVANTE, *Foro*, 1892; *pro:* GIANZANA, *Giur. it.*, 1892, 1, 203; CHIRONI, *Foro*, 1892, 581; MARANGONI, *eod.*, 1893, 1, 622.

(a) [Art. 820, n.° 3 del Cód. esp.]

(2) V. c. I, § 5.

los legitimarios, no se valúa atendiendo al que tuviera la nuda propiedad separada del usufructo, sino con arreglo al valor del pleno dominio: porque si en el momento en que se realizó la donación el donatario aumentó su patrimonio únicamente con el valor de la nuda propiedad, al abrirse la sucesión (que es cuando nace el derecho de los legitimarios) lo que se sustrae del caudal, por efecto de la donación, es el valor del dominio pleno. Y asimismo la alteración de aquella igualdad a que tienen presunto derecho los descendientes, se mide en el instante en que la sucesión se abre, y los coherederos que hayan sido favorecidos con una donación, reservándose el usufructo el ascendiente donante y sin dispensa de la obligación de colacionar, deben hacerlo e imputar a la legítima la plena propiedad de los bienes recibidos (1).

167. Estos principios no sufren modificación por el artículo 811, que se refiere exclusivamente a las enajenaciones en que, además de la reserva de usufructo, es estipulada como contraprestación o equivalente la entrega de un precio o de una cosa, lo que resulta ya — hasta que haya expuesto completamente la prueba de esta proposición no se la juzgue de arbitraria — del trato igual que se da a las «enajenaciones con reserva de usufructo» y a las «enajenaciones a capital perdido». Enajenación a capital perdido es aquella en que el enajenante, a cambio del capital que entrega y que sale de su patrimonio para no recobrarlo jamás, adquiere el derecho personal a una renta temporal o vitalicia o a un derecho real de usufructo o de uso sobre bienes distintos de los enajenados. El nombre técnico, que acentúa la nota de la pérdida del capital,

(1) Muchas veces se ha sostenido que en las donaciones con reserva de usufructo hay ínsita una dispensa virtual de colacionar, porque, no procurando un beneficio actual al donatario, carecerían de efecto si no se le asignase a la apertura de la sucesión un beneficio independiente y distinto del que la ley le asegura. MELUCCI *(Collazioni e imputazioni*, Turín, 1880, t. I, n. 61) advierte, con razón, que el donatario encuentra, de todas suertes, ventajas en el derecho a conservar los inmuebles donados, imputándose su valor en la legítima (artículo 1.015), en el derecho a conservar la donación renunciando a la herencia (art. 1.003) y, sobre todo, en la seguridad de que queden sustraídos los bienes donados a los despilfarros del donante y que, al menos, le quede una parte de ellos a distribuir con sus coherederos. Y, por otro lado, en la reserva de usufructo habrá que buscar una circunstancia que contribuya a descubrir en la disposición una dispensa que no aparezca suficientemente explícita de los términos del contrato.

indica precisamente que no se pierde, sino que se transforma el valor de los bienes enajenados; en tanto que en las donaciones, no sólo sale del patrimonio el capital representado por los bienes donados, sino que el patrimonio queda disminuído en el valor de esos bienes. Por lo tanto, si las enajenaciones a capital perdido son antitéticas de las donaciones, únicamente pueden ser medidas por igual rasero que aquéllas las enajenaciones con reserva de usufructo en que aparezcan eliminados los caracteres de acto de liberalidad. Y así como cuando se transmite la propiedad de una cosa y sobre la totalidad o parte de ella se reserva un usufructo a favor del vendedor, sin que el adquirente adquiera obligaciones correlativas, semejante venta tiene por necesidad que reputarse acto de liberalidad — ya que se cede sin contraprestación la diferencia entre el valor del usufructo y el valor de la propiedad — , no pueden tener el carácter de esta forma de transmisión aquellas otras en que esa reserva del usufructo va acompañada del pago de un precio, y por ello, tienen el carácter de contratos a título oneroso, susceptibles de ser equiparados a las enajenaciones a capital perdido. De las cuales difieren, a su vez, en que el precio y el usufructo reservado representan en aquellas transmisiones una contraprestación doble o dos equivalentes distintos de la enajenación, mientras que en la simple venta a capital perdido la renta o el derecho temporal atribuído al enajenante constituye su único equivalente.

Ahora bien; tanto la enajenación a capital perdido, como la enajenación a título oneroso con reserva de usufructo, constituyen formas que se prestan a ocultar liberalidades encaminadas a defraudar a acreedores y legitimarios o a transmitir los bienes a personas que la ley reputa incapaces, burlando así sus prohibiciones. En realidad, lo incierto de la valoración de una renta hace difícil determinar si con ella queda compensado completamente el capital cedido por el enajenante; y del mismo modo, la incierta valoración del usufructo impide que pueda determinarse si el precio estipulado corresponde al valor efectivo de la nuda propiedad, o se deja un margen de beneficio al adquirente. Cuando se realiza una enajenación de esta clase en favor de uno de los legitimarios, se robustece la sospecha de haber querido procurarle una ventaja en perjuicio de los demás; y por ello, para dar una garantía segura a los derechos de éstos, establece la ley la presunción de que la venta esconde una liberalidad; y sin más requerimiento, y excluyendo la institución de cualquiera cálculo para comprobar la desproporción de las compensaciones reservadas al patrimonio del enajenante, prescribe que

se le otorgue sólo la eficacia que pudiera tener si hubiese sido ordenada expresamente como tal la liberalidad que se presume oculta. Es decir, prescribe que se agreguen ficticiamente a los bienes relictos a la muerte del causante los bienes enajenados a un legitimario a capital perdido o con reserva de usufructo, para calcular así la cuantía de la parte libre; y que los demás legitimarios puedan exigir del adquirente la adjudicación del valor que resulte de más en la parte libre, habida cuenta también, en su caso, de las donaciones anteriores. El fundamento de este precepto legal no es la presunción de que sea simulada la contratación de la renta, o la estipulación del usufructo, o la del precio en la enajenación con reserva de usufructo, sino que en la renta en el primer caso, y en el usufructo y en el precio en el segundo, no halle compensación adecuada el patrimonio del enajenante con el valor de los bienes que de él fueron detraídos. De esto se sigue la consecuencia misma a que llega la doctrina común adscribiendo arbitrariamente al principio del artículo 811 la fuerza de una presunción *juris et de jure* de simulación (1); no cabe sustraerse a ella probando la efectividad del pago de la renta, porque la ley descubre la liberalidad que puede ocasionar perjuicio a los demás legitimarios, no en la ausencia del cobro, sino en la estipulación misma de la renta. Para asegurar preventivamente plena eficacia a estas enajenaciones no hay otro medio que el de que intervengan y presten su consentimiento en el contrato aquellas personas que, una vez abierta la sucesión, podrían impugnarlas con el carácter de legitimarios.

168. Pero existe una gran diferencia entre los efectos de las enajenaciones a capital perdido y las enajenaciones con reserva de usufructo, y no está muy clara en el artículo 811. En las primeras, el equivalente de la enajenación está representado exclusivamente por la renta; el valor del dominio pleno de todos los bienes enajenados es el que no encuentra una cierta equivalencia para el patrimonio del enajenante; y, por tanto, es el valor de todo esto el que se defraudaría a los demás legitimarios si la enajenación no fuese reputada como hecha a título gratuito. En las segundas constituyen su equivalente el usufructo y el precio; ahora bien, o éste no se ha pagado (y constituye un débito para el adquirente, con el cual se

(1) V. MELUCCI, *op. cit.*, t. II, 367 y siguientes y los autores allí citados; LAURENT, que admite la prueba en contrario (t. XII, n. 130), es una opinión aislada.

aumenta el activo de la sucesión), o fué pagado y entró en su patrimonio un valor capital, de cuya eventual disipación no corresponde al adquirente soportar la responsabilidad frente a los demás legitimarios, como no le correspondería si la enajenación hubiese sido realizada simplemente con la entrega de precio. Por eso, para calcular la parte libre, no se agrega a la masa hereditaria el valor total de los bienes enajenados, sino el valor que tienen deducido el precio de capitalización; o, para aproximar esta interpretación a los términos de la ley, al igual del valor de los bienes enajenados a capital perdido, así el valor de los bienes enajenados *contra* la reserva de usufructo. Si, por ejemplo, se vende a un legitimario un fundo que vale 100 por precio de 30, reservándose el cedente el usufructo, el acto consta de dos partes distintas: la enajenación de 30 por precio de 30, y la enajenación de 70 por el usufructo de 100. Ambas tienen apariencia de enajenaciones a título oneroso; pero conforme a la presunción del artículo 811, la segunda oculta una liberalidad y se imputa a la parte libre y puede ser reducida en daño del adquirente. En el caso análogo de que en la enajenación se haya estipulado como equivalente una renta y un precio capital, conforme a la doctrina en boga, hay que distinguir la parte en que media como equivalente el precio y la parte en que media la renta, mantener íntegramente aquélla, y en cuanto a ésta, considerada como liberalidad, imputarla en la parte libre y llevarla a la masa; o en otros términos, imputar y colacionar el valor de los bienes deducido el precio de capitalización (1). Esta opinión tiene en su favor también la letra de la ley porque no se pueden llamar enajenaciones a capital perdido aquellas que lo pierden sólo en parte. Pero no hay motivo suficiente para resolver de un modo distinto en el caso de la enajenación a título oneroso, con reserva de usufructo (2), aunque la ley hable de imputaciones de bienes enajenados con reserva de usufructo, ya que se puede reputar enajenada con reserva aquella parte en que ésta constituye el equivalente, y sobre todo, cuando faltan razones para ampliar la presunción de gratuidad a la parte del acto en que aparece estipulado un precio.

Los malísimos argumentos en que se apoya esta tesis, que es,

(1) Demolombe, *Donat.*, t. II, n. 502; Aubry y Rau, § 684 *ter.*; Laurent, t. XII, n. 123; Pacifici-Mazzoni, *Successioni*, t. IV, n. 70; Melucci, *op. cit.*, t. II, n. 362.

(2) Como hacen Demolombe, *loc. cit.*, n. 503, y Melucci, *loc. cit.*, n. 363.

por lo demás, la que sostiene la doctrina corriente (1), facilitan la tarea de aquellos que propugnan la indivisibilidad del acto en las enajenaciones con reserva de usufructo, y sujetándolo por completo a la presunción de gratuidad, llegan a la necesaria, pero extraña conclusión, de otorgar al adquirente que no haya pagado aún el precio estipulado el derecho a conservar los bienes, dentro de los límites de la parte libre, sin satisfacer su importe. Harto se ve que hay error en aplicar a las enajenaciones lo dispuesto en el artículo 811, y análogamente a las enajenaciones concertadas con reserva de usufructo y sin precio equivalente, cuando éstas constituyen, no una liberalidad encubierta, sino francamente declarada (2). Pero de esto no se puede inducir que, aplicándolo a las pactadas con precio, haya de reconocerse la imputación sin deducir éste, porque el precepto que manda colacionar no se funda en una presunta simulación del equivalente, sino en su desproporción. Cuando hay estipulado precio, la reserva de usufructo tiene el carácter de un equivalente, y donde no se ha estipulado, no. Así, cuando se enajena un fundo que vale 100 reservándose el usufructo, éste tiene la misma extensión objetiva que la propiedad atribuída al adquirente y, por tanto, un valor necesariamente inferior al de la propiedad; enajenado el mismo fundo con reserva de usufructo y por precio de 30, tenemos que contra la propiedad de 70, es adquirido, además de la porción correspondiente al precio, el usufructo de 100, que representa, en realidad, un equivalente de la enajenación de propiedad: pero un equivalente que, según las prescripciones del artículo 812, no basta para legitimar la enajenación frente a los derechohabientes a la legítima (3). En cambio, no hay razón alguna

(1) V. AUBRY y RAU y PACIFICI-MAZZONI, *loc. cit.*, y los autores citados por ellos.

(2) MELUCCI, *loc. cit.*, nn. 360, 363.

(3) Entre los errores con que se sostiene la teoría expuesta, partiendo de diversas premisas, es de notar la afirmación de que con la opuesta tesis se puede llegar a perjudicar los derechos de los legitimarios, ya que, cuanto mayor sea la colación a la masa hereditaria, más aumentarán con ello, lo mismo la parte libre, que la destinada a legítimas; si el fundo valorado en 100 y enajenado por 30 con reserva de usufructo se hubiese de imputar por 100, el adquirente retendría 50 de parte libre, pero la legítima se elevaría igualmente a 50. En cambio, imputando el valor con deducción del precio; esto es, 70, el adquirente retendría 35 sobre la parte libre, y la legítima sería 35. Pero otros 30 corresponden al adquirente por razón del precio. En el sistema contrario corre un albur injusto el adquirente; si pagó el precio, lo pierde, y si no lo pagó, lo gana.

para escindir el contrato de enajenación si el usufructo reservado recae sobre una parte únicamente de los bienes, e imputar sólo el valor de éstos en la parte libre (1). El usufructo parcial representa siempre uno de los varios equivalentes de la enajenación de todos los bienes, así es que actúa como una contraprestación inferior al usufructo íntegro, y, por consiguiente, robustece la presunción de la gratuidad del acto cuando se haya hecho previa deducción del precio de capitalización estipulado.

169. Unicamente interpretando así el artículo 811, sustrayendo a su aplicación las donaciones con reserva de usufructo y dándole el carácter de una protección especial concedida a los legitimarios para completar la que la ley les otorga respecto a las liberalidades declaradas, se explica por qué la enajenación a capital perdido con reserva de usufructo recibe un trato distinto de las liberalidades manifiestas, sin que ello implique merma de la defensa asegurada contra ellas a los legitimarios. Este diverso trato consiste en lo siguiente: en primer lugar, en que aquellas enajenaciones no están sujetas, como las donaciones, al ejercicio de la acción real de reducción, con la que pueden los legitimarios reivindicar en especie la parte que exceda de la porción libre, aun contra los causahabientes del donatario y salvo sólo la previa excusión de este último; pero el adquirente, frente a los demás legitimarios, no tiene sino la obligación personal de colacionar el valor de lo que exceda de la parte de libre disposición (2). En segundo lugar, si el

(1) Como hacen MELUCCI, *op. cit.*, t. II, n. 363; PACIFICI-MAZZONI, *Succ.*, IV, 70; DEMOLOMBE, *Don. et test.*, II, n. 503; AUBRY y RAU, § 684, *ter*, n. 22, que representan la opinión dominante. Por el contrario, TROPLONG, *Disp. entre vifs.*, n. 861, admite la aplicación del artículo 918 al contrato íntegro, aun cuando sea sólo parcial la reserva de usufructo.

(2) La exclusión de la acción real de reducción, que aparece con claridad de los términos del artículo 811, la niega, contra la opinión común, MELUCCI (n. 355), partiendo de la falsa premisa de que dicho artículo sólo contiene una aplicación especial del principio general enunciado en el 824. Cons., acerca de la opinión dominante, MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, t. II, p. 218, y Cas. Nápoles, 31 Enero 1883, *Legge*, 1883, 1, 702. Una sentencia del Trib. de Cas. de Turín, de 18 de Abril de 1883 (*Giurispr. tor.*, 1883, 678), niega acción contra el tercer adquirente que ha transcrito su título diez años antes. Si se reconoce la acción contra el tercer adquirente, debe tenerse en cuenta que no le cierre el camino la prescripción decenal, porque quedaría en suspenso mientras pendiese la condición a que está subordinado su ejercicio.

que adquiere es un descendiente que en nombre propio acude a la sucesión, no se considera como anticipo de legítima la liberalidad escondida en la enajenación, y hay que imputarla en la parte libre, no en la legítima. La diferencia primera es una transacción entre el derecho que adquirirían los legitimarios frente a una verdadera liberalidad, y el que nacería a favor de los terceros adquirentes ante una verdadera enajenación a título oneroso. Y a virtud también de la segunda diferencia, los adquirentes se colocan en una posición intermedia entre la que les correspondería si hubiesen prometido o pagado un equivalente proporcionado a la adquisición y aquella otra que tendrían si hubiesen sido directamente favorecidos (1).

Aplicando a las donaciones con reserva de usufructo el artículo 811, chocaríamos con otra consecuencia no menos grave que la sustracción de estos actos a la reductibilidad real prescrita en términos absolutos por el artículo 1.096 (a). Como está asegurada la eficacia completa (y excluída su imputación en el caudal hereditario) de las enajenaciones a que hayan prestado su consentimiento los legitimarios, se vendría a exigir a éstos que renunciasen, durante la vida del donante, a la reducción de las donaciones que excedieran de la parte libre, siempre que a dichas donaciones fuese asociada una reserva de usufructo. Cierto que el artículo 811 deroga la prohibición de los pactos sucesorios (2); pero es una derogación explicable y conciliable con todo el sistema del Código en la materia, si está limitada al caso en que, reconociendo que en las enajenaciones hay realmente un contrato a título oneroso, se conviene en que no puede nacer un derecho a incluir los bienes enajenados en el caudal hereditario, en vez de tener que renunciar a un derecho por nacer. Si, en cambio, el consentimiento anticipado, que según los términos

---

(1) V., en este sentido, TROPLONG, *Disp. entre vifs*, n. 862; DEMOLOMBE, t. II, n. 495; MELUCCI, t. II, n. 354. Más difícil es referir la exclusión del deber de colación en la legítima a una interpretación de la voluntad del enajenante, ya que en las donaciones con reserva de usufructo no se admite la dispensa virtual de la colación. V. nota 1, pág. 442. Como es sabido, en esta disposición se ha creído ver un argumento en pro de la tesis que admite la dispensa virtual de la colación en todas las liberalidades disimuladas. V. *pro*, MARCADÉ, y *contra*, TROPLONG, n. 863, y MELUCCI, t. I, n. 66.

(a) [El Cód. esp. no consagra claramente el carácter *real* de la acción para pedir la reducción. MANRESA opina, fundándose en el precepto del art. 651, que no procede dicha acción contra los terceros adquirentes de los bienes (*Comentarios*, t. V, p. 198 de la 4.ª edic.).]

(2) En opinión común; v. MELUCCI, t. II, n. 369.

precisos del artículo 1.092, no causa a los legitimarios la pérdida del derecho a pedir la reducción de las donaciones, pudiera con este efecto prestarse en las donaciones donde media reserva de usufructo, habría consentimiento a un acto que puede perjudicar su derecho a la legítima y, por tanto, engendrar el de pedir la reducción.

El derecho de los legitimarios para impugnar como enajenaciones simuladas a título oneroso las enajenaciones con reserva de usufructo, subsiste íntegramente; para ello es necesario demostrar que no ha sido estipulado lealmente un precio, y que es falsa la carta de pago dada. Si se obtiene tal prueba, surge el derecho de los legitimarios a reivindicar los bienes enajenados y el derecho de los coherederos descendientes a exigir la colación e imputación en la legítima, sin que enerve este derecho a pedir y obtener que se declare la simulación, el consentimiento que hubieron de dar los legitimarios a la venta, porque se asintió a la aparente enajenación onerosa; aparte de que como consentimiento a una donación, nunca podría ser eficaz.

170. Conforme a la doctrina corriente (1), el artículo 811 es aplicable también al caso en que se haga la reserva de usufructo o la estipulación de la renta en beneficio de persona distinta del enajenante (2). No distingue la ley, y concurren siempre los mismos fundamentos para sospechar en el contrato una encubierta liberalidad, cuando las enajenaciones se hacen a un legitimario, y cuando el equivalente que ha de satisfacer consiste en pagar una renta o en la detracción de un usufructo, cuya carga puede disminuir el enajenante que quiera proporcionar al legitimario preferido una ventaja, bien llamando al disfrute a quien sea presumible que pueda gozarlo por menos tiempo, ya pactando con el llamado condiciones especiales. En la relación entre el adquirente y los demás legitimarios no ha lugar a distinguir si la estipulación de la renta o la deducción del usufructo a favor de un tercero ha servido para satisfacer una obligación anterior del enajenante, o si, respecto al tercero, constituye una liberalidad; porque los legitimarios están facultados

(1) DEMOLOMBE, t. II, n. 501; TROPLONG, n. 860; AUBRY Y RAU, § 684 *ter*, nota 17; BORSARI, § 1.743; MELUCCI, t. II, n. 364; *contra:* MARCADÉ, ad a. 918, n. 4; COIN-DELISLE, ad a. 918, n. 5.

(2) DEMANTE, *Cours*, t. IV, n. 55 *bis*, admite que se aplique si, estipulada la renta a favor de un tercero, no se ha reservado el usufructo. LAURENT, t. XII, n. 125, sólo se ocupa de la estipulación de la renta.

para oponerse por igual a que la integridad del patrimonio se disminuya manteniendo como eficaz por su carácter oneroso la enajenación, tanto si el equivalente consistente en el usufructo o en la renta ha entrado o entra en el patrimonio (y ha quedado liberado con ello el patrimonio de una obligación anterior), como si no hubiese habido tal ingreso. Pero el adquirente está en su derecho al pretender que se haga esta diferenciación, no con el propósito de modificar el derecho de los demás legitimarios, sino con el fin de que, al sacrificio eventualmente necesario para que aquel derecho permanezca íntegro, contribuya el tercero agraciado con el usufructo o la renta. La liberalidad de que éste goza le queda asegurada mediante una obligación del adquirente; pero es una liberalidad hecha a expensas del patrimonio hereditario si en éste se ha de computar el valor de la adquisición. El adquirente no queda libre de la obligación de satisfacer la renta o entregar el usufructo porque esté expuesto a sufrir una reducción de lo que adquirió, y la persistencia de esta obligación se le compensa con sustraer lo que adquiere a la reducción real y con la dispensa de imputarlo en la legítima. Pero si la obligación no está fundada en un débito anterior del patrimonio, sino en una liberalidad simultánea a la adquisición, su carácter jurídico respecto a los otros legitimarios viene a equipararse a la del usufructuario o la del perceptor de la renta vitalicia, desde el momento en que su adquisición se considera como gratuita y se imputa en la parte libre, y puede pedir que se capitalicen el usufructo y la renta para que la carga que ha de soportar se reduzca en proporción al beneficio que le reporta la enajenación y al que reciben, a su vez, el usufructuario y el perceptor de la renta vitalicia (1).

(1) Supongamos, por ejemplo, que se vende al hijo *A)* un predio valorado en 70, por precio de 10, y con deducción del usufructo en beneficio de *B)*. Si el caudal relicto era de 20, agregándole el valor del predio, detraído el precio, tenemos 80, y 40 será la parte de libre disposición. Frente a los otros hijos legitimarios, *A)* puede conservar $^{10}/_{70}$ del predio como adquiridos a cambio del precio, y $^{40}/_{70}$ como imputados en la porción libre; el resto del predio, o lo perderá o lo retendrá como legítima. Pero reducido así lo que adquiere, sin ser legítima, de 70 a 50, ¿está obligado a dejar a *B)* el usufructo de todo el fundo, o sólo de la parte del mismo cuyo valor no está obligado a colacionar en la masa hereditaria? Si el usufructo sobre 70 se estipuló a título gratuito en favor de *B)*, suponiendo que sea igual al valor de la nuda propiedad, tenemos una liberalidad por valor de 35; el valor de la liberalidad hecha a *A)* es igual al valor del fundo entero, detraído el precio y detraído el valor del usufructo; por consi-

171. Si la adquisición del derecho real de usufructo es un inmediato efecto de la donación o del contrato con que se cede o se reserva, para tutelar este derecho frente a terceros la ley señala requisitos variables según la diversidad de su objeto, y no la otorga plena y entera si el adquirente no coopera a alejar la posibilidad de infracciones, publicando la adquisición y haciendo que se conozca la nueva relación de potestad constituída. En cuanto al usufructo sobre bienes muebles, la ley subordina su amparo a la condición de que el usufructuario *adquiera y no abandone voluntariamente la posesión de ellos.* Y tanto cuando el derecho se transfiere *mortis causa,* según hemos recordado, como cuando se transfiera por actos *inter vivos,* niega al usufructuario derecho a legarlo contra quien retenga o logre de buena fe la posesión a título de propietario, o, en su caso, de usufructuario o de acreedor pignoraticio (1), salvo que el usufructuario que invoca la protección de la ley haya sido privado de la posesión contra su voluntad (arts. 707, 708) (a). En cuanto al usufructo sobre bienes inmuebles, su protección respecto a terceros está subordinada a la condición de publicar la adquisición, *transcribiendo el título* en el registro público destinado a ello; pero en tanto que el incumplimiento de esta condición deja indefenso al usufructuario frente a los terceros, tanto de buena como de mala fe, a diferencia de lo que ocurre con la tutela del usufructo sobre bienes muebles, esta otra publicación no se exige sino para las adquisiciones por actos *inter vivos* (2). Salvo las con-

---

guiente, será de 25. Reduciendo proporcionalmente las dos liberalidades a los límites de la parte disponible, tendremos para *A)* $\frac{40 \times 25}{25 + 35} = 15\ ^2/_3$, y para *B)* $\frac{40 \times 35}{25 + 35} = 23\ ^1/_3$; y como en la dicha hipótesis, $23\ ^1/_3$ representa el usufructo de $46\ ^2/_3$, el usufructo a favor de *B)* deberá soportarlo *A)* en este límite, y no sobre el fundo entero.

(1) V. el final de este número.

(a) [Cfr. art. 464 del Cód. esp.]

(2) El fin es la publicación del derecho; el medio, la publicación de la adquisición; el fin sólo imperfectamente se consigue con la publicación de una clase única de adquisiciones. Solamente los derechos de garantía inmobiliaria, la hipoteca que no puede adquirirse sino por actos *inter vivos,* logran publicidad completa, dando a conocer la adquisición. Y por ello conviene un nombre distinto, *inscripción* del derecho adquirido, *transcripción* de la adquisición del derecho, al medio, materialmente idéntico, que da publicidad a las hipotecas, a las transmisiones de propiedad y a los derechos de disfrute.

secuencias de esta diversidad doble, al requerirse para la tutela plena del usufructo que no se abandone voluntariamente la posesión de los bienes muebles y que la adquisición de los inmuebles sea transcrita, los efectos son perfectamente análogos. Así como el donatario de usufructo de cosa mueble no puede dirigirse contra quien la posea con posterioridad por donación o compra al propietario, así el donatario de usufructo sobre bienes inmuebles, que no transcribió la donación, no puede dirigirse contra el que le suceda en virtud de título transcrito en el registro de la propiedad (1). Y como con la adquisición de la posesión el primero impide que produzcan efecto las disposiciones ulteriores del enajenante, el segundo, con la transcripción de su título, priva de efecto real a las sucesivas transmisiones y constituciones de hipoteca.

Para surtir efecto real, quedan sujetos a la necesidad jurídica de la transcripción todos los actos *inter vivos* en que se constituya el derecho de usufructo sobre bienes inmuebles; así la donación como la venta (2), la transacción (3) como la dación en pago. Y en particular los herederos que tengan una obligación exclusivamente personal de prestar el usufructo y lo hagan pasar de su patrimonio al del legatario, realizan un acto que está sujeto, sin duda alguna, a transcripción; también debe ser transcrita la constitución de usufructo en las divisiones voluntarias de bienes llevados en comunidad. La ficción legal que atribuye carácter de contrato declarativo y no traslativo de derechos a aquél en que se disuelve una

(1) Tampoco el adquirente a título oneroso de un usufructo no transcrito puede impugnar, mediante la acción revocatoria, la transmisión sucesiva transcrita en el Registro; el adquirente no incurre en fraude sólo por haber conocido la anterior enajenación del usufructo (T. de Apel. de Bolonia, 22 Diciembre 1885, *Riv. giur. Bol.*, 1886, 49). Cons. MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, t. I, ps. 145 y sigs.

(2) La reserva de usufructo en las donaciones y en la venta no está sujeta a transcripción, porque lleva consigo el que se conserve una parte del derecho del enajenante. Por otra parte, o se transcribe la enajenación (y se publica también la reserva), o no se transcribe (y los derechos otorgados a los terceros por el usufructuario, aun en calidad de pleno propietario y conservados por éste legalmente surten efecto contra el nudo propietario). PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni* (3.ª ed., Florencia, 1881), t. II, n. 150.

(3) No la transacción con que se renuncia a impugnar un derecho de usufructo aparentemente constituído, bien por causa de muerte, bien por acto *inter vivos*, sino aquella con que se constituye *ex novo* un usufructo como equivalente de otra renuncia. V. LUZZATTI, *Trascrizione* (Turín, 1878), t. I, n. 161.

comunidad, no puede llevarse a la parte de la división, que, en lugar de adjudicar a los partícipes bienes y derechos existentes en el patrimonio común, les adjudica bienes distintos y en que se constituyen nuevos derechos; ni puede retrotraerse al momento de la delación de la herencia la sucesión de los partícipes en el usufructo, porque en aquel momento no hay en el patrimonio un derecho de usufructo (1). En cuanto a la constitución del usufructo marital sobre bienes dotales, ésta logra publicidad con la transcripción de la constitución de dote si está hecha por extraños; mas por una deplorable laguna del artículo 1.932, no está prescrito que se transcriba la constitución de dote hecha por la esposa con sus propios bienes (2). También el usufructo otorgado, a cambio de una indemnización, por los propietarios de los predios que se trata de mejorar, a favor de las asociaciones respectivas, me parece que constituye un vínculo real sobre los fundos, sin que a la concesión se le dé la publicidad de la transcripción (3).

Dos clases de bienes muebles hay que no pueden transmitirse eficazmente contra terceros, en propiedad o en usufructo, sin obser-

---

(1) Opina en contra LUZZATTI (*Trascrizione*, t. I, n. 150), que no estima sujeta a transcripción la constitución de servidumbres modificadoras del estado del inmueble, que corresponden a los partícipes, porque «deben reputarse derivadas directamente del difunto».

(2) No la prescribe el número 1.° del artículo 1.932, en que aparece la necesidad de transcribir la constitución del usufructo, porque este número sólo se refiere a la transmisión de bienes susceptibles de hipoteca, y no son susceptibles de ella ni el usufructo marital ni el de los padres. Menos aún puede buscarse esa exigencia en el número 3.°, que se refiere a la transmisión del ejercicio del usufructo, y presupone, por tanto, la existencia de un usufructo válidamente constituído. V., en este sentido, principalmente MIRABELLI, *Diritto dei terzi*, t. II, p. 329; v., además, L. TARTUFARI en la *Temi ven.*, 1893, 245. *Contra:* LUZZATTI, *Trascrizione*, t. I, nn. 17, 119 y sigs.; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, t. II, n. 150; G. MIRAGLIA, en *Diritto e giurisprudenza*, 1890, 289; SCIALOJA, en el *Foro italiano*, 1893, 522, quien admite que la tesis aquí expuesta se justifica por la interpretación literal del artículo 1.932, y con sagacidad, pero sin persuadir demasiado, sostiene que no es taxativa la enumeración que hace aquél de los actos y contratos sujetos al deber de transcripción (a).

(a) [V., sobre esta inscripción de los bienes dotales en Derecho español, los artículos 1.349 del C. c. y 172 y sigs. de la L. H.]

(3) Las leyes posteriores a la de 1882, como la de 23 de Febrero de 1883, acerca de las asociaciones de regantes, y la ley de 2 de Febrero de 1888 sobre las asociaciones de toma de agua para fines industriales, imponen la obligación de transcribir la escritura en que se constituya la asociación.

var formalidades análogas a la transcripción de transmisiones de bienes inmuebles en los registros hipotecarios y dirigidas también a asegurarles aquella publicidad que por su naturaleza no bastaría a darles la entrega en posesión; nos referimos a los títulos nominativos de la Deuda pública y los buques. En cuanto a los primeros, ya hemos dicho que su eficacia real, aun tratándose de transmisión *mortis causa*, está subordinada a que se anote la transferencia del disfrute en la inscripción del Gran libro de la Deuda y en el resguardo respectivo (1). En cuanto a los buques, el artículo 489 del Cód. de Com. prescribe que se transcriba la transmisión del disfrute en los registros de la oficina marítima, donde la nave esté inscrita, o en los registros consulares si aquélla se realiza en país extranjero, y, en ambos casos, se anote en el documento acreditativo de la nacionalidad de la nave (2) (a).

En cuanto a los demás bienes muebles, la protección concedida al posesor de buena fe que no haya abandonado voluntariamente la posesión, se extiende asimismo a quien la haya adquirido a título de usufructuario; y por lo tanto, mientras el adquirente del usufructo sobre bienes muebles no está asegurado en su adquisición si no posee, el adquirente de buena fe del usufructo de bienes muebles que obtiene su posesión, aun cuando el usufructo lo haya obtenido del no propietario, está, desde luego, a salvo. Una dificultad hay en la letra del artículo 707 de nuestro Código a la admisión de esta tesis (3), que no existe en su correspondiente (art. 2.279) del Código francés, porque la eficacia de la posesión de buena fe está

(1) V. págs. 252 y sigs.

(2) Por ello, no suele creerse exigida la publicidad de la transmisión para toda clase de artefactos flotantes, conforme al amplio significado del término *nave*, sino únicamente para aquellos que hayan de ir provistos de un documento de nacionalidad (Cód. de la Marina mercante, art. 38; v. P. ASCOLI, *Codice di commercio commentato*, t. VI, n. 69). Según el Código de la Marina mercante, número 48, y el Reglamento para su ejecución de 20 de Septiembre de 1879, arts. 362-418, es obligatorio comunicar también a las oficinas marítimas las transmisiones de propiedad o disfrute por causa de muerte; pero la falta de ello no produce efectos civiles, sino la imposición de una multa (Cód. de la Marina mercante, art. 415, y Reglamento, art. 369).

(a) [V. arts. 22, n. 3.°, del Cód. de Comercio esp., y 147 y sigs. del Reglamento del Registro mercantil, de 20 Septiembre 1919.]

(3) Propugnada por FOLLEVILLE, *Tr. de la possess. des meubles et des titres au porteur*, n. 36, contra DALLOZ, *Rép.*, v. *Prescription civile*, n. 275; y en nuestro Derecho por CHIRONI, *Ist. di dir. civ.*, § 125.

expresamente reducida a los «bienes muebles por naturaleza y a los títulos al portador» (a). Ahora bien: el que adquiere el usufructo de cosa mueble, no deviene poseedor legítimo *de la cosa,* porque no tiene ánimo de haberla como propia, sino sólo el derecho de usufructo, y únicamente tiene sobre aquélla una posesión precaria en nombre del dueño. Pero la limitación a los muebles por naturaleza, que se ha hecho para evitar toda duda sobre la inaplicabilidad de aquella disposición a los créditos, no se puede aplicar a la posesión del usufructuario y del acreedor pignoraticio, los cuales reunen, a la posesión legítima de un derecho de naturaleza mueble, la posesión en precario de una cosa mueble por naturaleza, sin incurrir en un inadmisible desacuerdo con el sistema de protección de los derechos mobiliarios, y la consecuencia singular de que en el plano de seguridad que garantizase la adquisición de un derecho de mayor alcance, como es el derecho de propiedad, no fuese, sin embargo, segura la adquisición de un derecho que no excluye, sino que únicamente modifica la propiedad del que reivindica. Debe, por tanto, concederse la tutela legal al que adquiere el usufructo, con independencia de la buena fe del que le transmite la posesión, ya que, dada la buena fe de éste, la posesión de la cosa que en su nombre tiene el usufructuario le permite rechazar por completo la reivindicación del poseedor despojado de ella sin su voluntad (1).

172. En cuanto al impuesto sobre la constitución del usufructo por actos *inter vivos,* si es a título gratuito, con las variantes que acarrea por necesidad la diversidad de efectos jurídicos de las donaciones, le son de aplicar los principios del impuesto sobre transmisiones por actos de última voluntad. Por lo tanto, el donatario del usufructo ha de satisfacer el impuesto sobre el valor de éste, evaluado según los principios invocados en el § 6.° del capítulo anterior; el donatario de la nuda propiedad, o sea de la plena propiedad con reserva o deducción de usufructo, debe satisfacer un impuesto sobre el valor del dominio pleno, pero en dos veces, y deduciendo el valor del usufructo constituído en el acto de la dona-

(a) [El art. 464 del Cód. esp. no contiene esa limitación.]

(1) Por lo demás, la defensa del usufructuario poseedor frente a los terceros, es común a la defensa que corresponde al poseedor a título de propiedad. Y precisamente porque la transmisión de la posesión no da al que la adquiere una protección *rigurosamente proporcional* al derecho de usufructo, es por lo que no puede tener por ello realización completa el cumplimiento de la donación del usufructo; v. nota 1, pág. 426.

ción (1), y pagando lo correspondiente al valor detraído en aquel momento cuando el usufructo se extinga (2). Si un acto mismo de donación confiere el usufructo a una persona y a otra la propiedad, surgen dos obligaciones distintas e independientes para el pago del respectivo impuesto, no encontrándose los dos donatarios unidos por aquel vínculo que enlaza al heredero con el legatario (3). Si en la donación de propiedad hay reserva del usufructo para el donante y para un tercero después de él, se suspende hasta la muerte del donante la transmisión del usufructo, y por tanto, el pago del impuesto por el tercero como donatario de tal usufructo (4). No se repiten aquí las dificultades del impuesto en las transmisiones bajo condición suspensiva, porque hasta que ésta no se haya cumplido, no hay incertidumbre, como en las sucesiones por causa de muerte, respecto a la persona a cuyo favor se ha de realizar la transmisión; la única duda es respecto a si hay o no transmisión (5). En cuanto a las sometidas a condición resolutoria, se les aplican los principios indicados en el § 6 del capítulo anterior; hay que satisfacer irrevocablemente el impuesto si la resolución ha de aprovechar al donante; si es un tercero, la Hacienda no puede gravar más que una de las dos transmisiones, y la liquidación definitiva (que puede aumentar, no disminuir, la liquidación a cargo del donatario bajo condición resolutoria), se suspende hasta que la condición quede cumplida. En cambio, como la donación de usufructo a varias personas conjuntamente no crea entre ellas el derecho de acrecer, no puede hablarse de un verdadero usufructo conjunto, y, por tanto, no es de aplicar aquí el apartado 2.° del artículo 16, sino que cada adquisición parcial por los donatarios individuales

---

(1) Por consiguiente, sobre el valor de $^3/_4$, si el donante es mayor de cincuenta años de edad (T. de Cas. de Roma, 9 de Abril de 1878, *Massime*, 1878, 507).

(2) Apel. de Nápoles, 1.° de Diciembre de 1882, *Bollettino*, 1883, 181; Cas. de Roma, 28 de Enero de 1883, *C. Suprema Roma*, 1887, 508.

(3) T. de Apel. de Potenza, 18 de Diciembre de 1876, *Foro*, 1877, 1, 755. Por lo demás, el crédito respecto al donatario del usufructo y respecto al donatario de la nuda propiedad, son igualmente privilegiados por el valor completo de los bienes donados, si no es anterior una a otra transmisión (art. 1.962, c. 1, art. 1.954).

(4) Apel. Catanzaro, 11 de Febrero de 1876, *Massime*, 1876, 300.

(5) Por eso el impuesto sobre la estipulación de lucros dotales cuya propiedad o usufructo adquiere el cónyuge superviviente, se paga sólo cuando la adquisición se realiza; esto es, al disolverse el matrimonio.

habrá que valorarla y tasarla por separado e independientemente.

En la constitución de usufructo a título oneroso, conforme al artículo 31 de la ley de Registro, el impuesto proporcional se aplica en razón a los precios y a las contraprestaciones convenidos entre las partes, y a las cargas que se imponen al adquirente o concesionario, y en la medida distinta que fija la tarifa, según que se trate de transmisiones inmobiliarias o mobiliarias. No hay que recurrir (1) a las valoraciones del usufructo con el criterio del artículo 16, salvo el caso de permuta de un usufructo por otro, en que, por tanto, haya necesidad de fijar el valor del mismo equivalente (arts. 15 y párr. último del 16). Cuando, por otra parte, se constituye por actos *inter vivos* un usufructo sobre una renta vitalicia o perpetua, y se transmite al usufructuario el derecho a percibir la renta por un período de tiempo diferente de aquél a que tiene derecho el titular, hay que aplicar el artículo 18, que fija el criterio para valorar la renta conforme al tiempo que, probablemente, haya de durar, y no se tasa a base del equivalente estipulado; y lo mismo ocurre si el titular de la renta la enajena, reservándose el usufructo. Pero implicaría una manifiesta injusticia que se aplicaran a la constitución del usufructo, o a la venta con reserva de él, las disposiciones del párrafo 1.° del art. 18, y que el impuesto se basase en el capital declarado en el acto constitutivo de la renta, como cuando se cede la plena propiedad (2).

Debemos incluir entre los actos a título oneroso en que se constituye el usufructo, la dación en pago, en la que el equivalente que sirve de base a la evaluación del impuesto, está representado por la obligación de que se libera el constituyente (3). También queda sujeta al impuesto que grava las transmisiones a título one-

(1) Apel. de Génova, 18 Marzo 1881, *Eco gen.*, 1881, 1, 165.

(2) Que es lo que sostiene MERLIN, *Rép.*, v. *Enregistr.* I, § 21, como aplicación del artículo 14, número 7.° de la ley de 22 frimario, año VII.

(3) Muchas veces se ha dicho que la donación y la constitución de dote por un cierto valor, que los dotantes se reservan la facultad de entregar en bienes inmuebles, están sujetas al impuesto de transmisiones a título gratuito, y la posterior ejecución, mediante la entrega de inmuebles, al impuesto de transmisiones a título oneroso. (Cas. Roma, 13 Marzo 1882, *Foro*, 1882, 1, 587; 24 Septiembre, 1883, *Legge*, 1884, 1, 369; 5 Enero, 1884, *Foro*, 1884, 1, 70); asimismo, se ha liquidado a veces el impuesto doble, como sucesión y como transmisión a título oneroso, en un legado de cantidad donde se faculta al heredero, que así lo hizo, para entregar en pago un inmueble (Apel. Génova, 12 Marzo 1886, *Legge*, 1887, 1, 448; Cas. Roma, 22 Abril 1887, *eod.*, 2, 618).

roso la constitución del usufructo, cuando es el objeto de una obligación preexistente, siempre que no esté sujeto a *este mismo impuesto* el acto de que deriva la obligación. Esto, a causa de que la promesa aceptada de constituir usufructo a cambio de la promesa de pagar el precio (que no tiene efectos sino personales u obligatorios), la grava la ley con el mismo impuesto de la venta y transmisión de derecho real (tarifa, art. 3) y no está sujeta más que al impuesto fijo la posterior constitución en que el cumplimiento de la obligación consiste; en cambio, el acto de cumplir la carga impuesta al heredero de constituir un usufructo sobre cosa suya y a favor del legatario, está sujeto al impuesto proporcional de las transmisiones onerosas, si bien el hecho jurídico de que nace la obligación (la devolución de la herencia o del legado), está, a su vez, gravado, pero de modo distinto; pues se le liquida el impuesto de sucesión, que no recae anticipadamente sobre la transmisión del usufructo, al pasar del patrimonio del heredero al del legatario, sino sobre la transmisión al patrimonio de este último del derecho de obligación que constituye el objeto del legado, y cuyo valor se encuentra en el patrimonio del disponente (1).

La constitución del usufructo por división o transacción implica transmisión de derechos, y no declaración de derechos preexistentes, y por esto están sujetas al impuesto proporcional, no al fijo que grava las transacciones, ni al gradual de las divisiones (tarifa, arts. 60, 80; ley, arts. 34, 35, 44). La constitución de dote por la esposa y con bienes propios, que lleva consigo transmisión de usufructo, pero de uno no enajenable, está sujeta al impuesto gradual, no al proporcional (tarifa, art. 66); si la constituye un extraño, implica una doble transmisión: la de la propiedad, a la esposa; la del usufructo, al marido; pero debe satisfacer el impuesto único como transmisión a título gratuito, que se reduce, a su vez, cuando los constituyentes no son ascendientes ni descendientes de los esposos (art. 45 de la ley) (2). El usufructo creado a cambio de una indemnización por parte de los propietarios de las tierras objeto de saneamiento antipalúdico, está sujeto al impuesto fijo de una lira, como todos los contratos que se celebran en interés directo de esas asociaciones (Ley 25, VI, 1882, art. 56).

(1) Hay un argumento decisivo *a contrario sensu* en favor de esta afirmación, en el artículo 65 de la tarifa correspondiente, que grava con un tipo fijo la entrega pura y simple de los legados «que recaigan exclusivamente sobre objetos que existieran en el caudal hereditario.»

(2) La eventual transmisión de la propiedad de los inmuebles dotales al marido satisface un impuesto distinto.

CAPÍTULO III

EL USUFRUCTO DE LOS PADRES

SUMARIO: 173. La patria potestad, el peculio y los bienes adventicios en Derecho romano. - 174. La autoridad paterna y el usufructo legal. Su función y sus caracteres generales. - 175. Condición jurídica de los bienes procedentes del patrimonio de los padres y de las ganancias de los hijos menores. - 176. Extensión objetiva del usufructo legal. Qué bienes se excluyen de él, de los que adquieren los hijos a título lucrativo. - 177. A quién corresponde el usufructo legal. Cuándo ejerce la madre la patria potestad. - 178. Cuándo pasa a la madre el usufructo legal, conservando el padre la patria potestad. - 179. El usufructo legal en el Derecho transitorio. - 180. El usufructo legal en el Derecho internacional.

173. En la Roma antigua la unidad social no es el individuo, sino la familia, y la protección jurídica respecto a la actividad de los extraños recae sobre los intereses del grupo familiar; la actividad desplegada en interés del grupo es la que se coordina jurídicamente con la actividad de los extraños; no se reputan susceptibles de tutela jurídica en un comienzo los intereses propios de cada uno de los individuos que lo componen; y esta actividad de los individuos, lejos de estar asegurada en su libre desenvolvimiento, la domina por completo el interés colectivo. El representante de este interés colectivo es el *paterfamilias,* y la cooperación de los individuos para su logro se asegura con el poder, igualmente absoluto, que corresponde al padre sobre la mujer *in manu*, sobre los hijos *in potestate,* sobre los esclavos *in dominio:* poder que sólo acaba con su vida para transmitirse entonces a su sucesor en la soberanía familiar. Una es la familia y una es la cantidad de bienes y de poderes que sirven para satisfacer las necesidades de su subsistencia y de su desenvolvimiento: el *patrimonio*, así llamado porque se atribuye al padre formalmente por representar a la familia entera. No hay rastro, en los comienzos de aquella sociedad, de la existencia de una propiedad aparte, atribuída a la mujer y a los hijos, como

no lo hay tampoco de una propiedad de los esclavos. No hay siquiera trazas de ella respecto a la mujer que queda libre de la potestad marital (como no la hay para la mujer *in manu),* porque su aportación dotal se convierte en propiedad del marido, que la conserva hasta después que el matrimonio se disuelve (1); y constituye un paso hacia la desintegración de la familia cualquier avance en el reconocimiento de los derechos de la mujer y de los hijos frente al padre.

El primero que se da es cuando, en previsión de un divorcio posible, el marido, con la *cautio rei uxoriæ,* asume la obligación de restituir la dote al disolverse el matrimonio (2). A los hijos y a los esclavos se les procura un principio de independencia económica cuando, sobre los bienes que el *paterfamilias* les concedía en administración o en disfrute *(peculium profecticium* o *simplex; peculium mercatorium, merx peculiaris)* para que estos instrumentos adquisitivos pudieran funcionar, se les reconoció el carácter de propiedad distinta, aunque no separada, del patrimonio familiar (3), y de los cuales bienes el *paterfamilias* podía disponer por testamento, y aun en vida recuperarlos del hijo; pero que, cuando no lo hubiera así hecho, se convertían en propiedad del hijo al terminar la *patria potestas* por emancipación (4), y convertirse él, a su vez, en jefe de una nueva familia.

Más tarde, el fuerte contraste entre la sujeción del hijo a la potestad paterna y la plenitud de derechos de que gozaba como soldado y como ciudadano (5), fué templado parcialmente, reconociéndole una propiedad aparte sobre lo que adquiriese en la guerra (6); después, sobre todas las adquisiciones que hiciera con ocasión de la milicia *(peculium castrense)* (7), y luego, sobre las ganancias obtenidas en el ejercicio de un cargo público o eclesiástico

(1) BRINI, *Matrimonio e divorzio nel dir. rom.*, t. I, n. 18.

(2) BRINI, *op. cit.*, t. II, nn. 24-26.

(3) Y que respondía de las obligaciones personales del hijo, de las cuales no respondía el patrimonio familiar: ULPIANO, 5 § 4, D. *De pec.*, XV, 1.

(4) PAP., 31 § 2, D. *De don.*, XXXIX, 5. Corresponde a un período ulterior de desarrollo el que se convirtiesen en propiedad del hijo al extinguirse la *patria potestas* por la muerte del padre. Cons. JUL., 2 § 2, D. *Pro her.*, XLI, 5; PAULO, 1 § 1, D. *Pro don.*, XLI, 6; POMP., 4 *eod.*; JUST., 25 C. *De don. i. v. et ux.*, V, 16, etc.

(5) POMP., 9 D. *De his qui sui*, I, 6; AFR., 77 D. *De jud.*, V, 1.

(6) ULP., *Fragm.*, XX, 10.

(7) MAC., 11 D. *De cast. pec.*, XLIX, 17.

(peculium cuasi castrense) (1); y era una propiedad suya, aparte y separada, porque, además de concedérsele el derecho a su libre disfrute, se le reconoció el de disponer por testamento (2); pero acerca de ella, la *patria potestas* quedó más bien en suspenso que extinguida; porque, si el hijo moría intestado, recaía en el *paterfamilias, non quasi hereditas, sed quasi peculium* (3), y se consolidaba la disposición de última voluntad que hubiera hecho el padre anteriormente sobre cosas que en ella estuviesen comprendidas (4). Más tarde quisieron sustraerse, en parte, al arbitrio del padre las consecuencias de la disolución de la familia que necesariamente ocurría a su muerte, y se privó a aquél de la facultad de disponer de los bienes que recibía el hijo procedentes de la madre o de los parientes de ésta *(bona materna et materni generis)* (5); después, de los bienes que adquiría procedentes de la mujer (6); más tarde, de todos aquellos que adquiriese con su trabajo, la liberalidad de otros o que la fortuna le procurase *(bona adventicia)* (7) y que no estuviesen comprendidos en la categoría de los peculios; al padre le quedaba un derecho, no distinto sustancialmente del que correspondía al marido sobre la dote, de libre administración y de disfrute sin las limitaciones a que está sujeto el goce del usufructuario (8); al hijo se le aseguró la adquisición al terminar la *patria potestas*, sin que pudiera llamársele propietario durante ésta, porque carecía de derecho para enajenarla sin consentimiento del padre, y en ningún caso podía disponer por testamento (9). Por último, se sustrajo también al padre el disfrute de algunas clases de bienes (10), sin que, a pesar de ello, pudiese el hijo libremente disponer por actos de última voluntad (11).

Con los preceptos de las Novelas justinianeas sobre bienes ad-

---

(1) CONST., 1 C. *De cast. omn.*, XII, 30; HON. y TH., 4 C. *De adv.*, II, 7; LEO y ANTH., 23 C. *De episc.*, I, 3, etc.

(2) Pr. I, *Quibus non est.*, II, 12.

(3) ULPIANO, 2 D. *De cast. pec.*, XLIX, 17.

(4) TRYPH., 19 § 3, *eod.*

(5) CONST., 1 C. *De bon. mat.*, VI, 60.

(6) TEOD. y VAL., 1 C. *De bon. quæ lib.*, VI, 61.

(7) JUST., 6 § 1, *eod.*

(8) JUST., 6 § 2, *eod.*, 8 § 4, *eod.*

(9) JUST., 8 § 5, *eod.*, 11, C. *Qui testam.*, VI, 22.

(10) JUST., 8 pr. C. *De bon. quæ lib.*, VI, 61, Nov. 117, c. 1, 118, c. 2, 134, c. 11.

(11) Cons. VANGEROW, *Pandekt.*, § 428, 11.

venticios se cierra el ciclo de desarrollo del antiguo Derecho y transcurren muchos siglos antes de abrirse otro de nuevo progreso. Desde que el hijo fué considerado *quasi paterfamilias* respecto al peculio militar, y fué así reconocida la extinción de la solidaridad de intereses entre los individuos del grupo familiar, y afirmada la existencia de intereses distintos individuales que era preciso tutelar, se agotó la función social de la *patria potestas*. Sobreviviendo al organismo sencillo de la familia patriarcal y asumiendo carácter de privilegio, los intereses antitéticos del hijo recibían una protección harto imperfecta con el reconocimiento de su derecho sobre el peculio militar y con la inmovilización de los bienes adventicios. De ahí el impulso a ampliar por un lado la aplicación de los preceptos que regían el peculio militar (1); por otro, a delimitar la duración de la *patria potestas*, estimulando las emancipaciones asegurando al *paterfamilias* ciertos beneficios pecuniarios; y, por último, dando valor de emancipación a la constitución, hecha con el consentimiento del hijo, de una economía separada de la de la familia (2).

174. Si en el Derecho vigente la familia continúa siendo el órgano de redistribución de los bienes entre las generaciones que se suceden, sus intereses no son más que el resultante de los intereses de sus individuos, y se tutelan jurídicamente sólo aquellos que se refieren de modo exclusivo a los individuos mismos, ya que a éstos, al nacer, se les concede plena capacidad jurídica, son centro de un patrimonio y constituyen las verdaderas unidades sociales. Por otra parte, durante el tiempo que media entre el nacimiento de los hijos y su plena madurez física e intelectual, necesitan la protección y los cuidados que les prestan los padres, por un impulso natural, desenvuelto y robustecido por la herencia psicológica, y mediante el ejercicio de la *patria potestas*. Sujetar a fiscalización la conducta de los padres, obligarles a responder y someterse al juicio ajeno sobre la forma en que cumplen sus deberes para con los hijos, constreñirlos indirectamente a seguir direcciones abstractas dictadas por la opinión de extraños, sería querer salvaguardar la independencia jurídica de los hijos y prevenir o reprimir algún abuso, a costa del sacrificio de las iniciativas espontáneas, de los personales esfuerzos y de la fecunda variedad que da la experiencia en el cumplimiento del más arduo y del más importante de los deberes que respecto a la

(1) FITTING, *d. castrense peculium* (Halle, 1871), ps. 611 y sigs.
(2) WINDSCHEID, § 525, n. 20.

sociedad pueden asumirse. No basta, por tanto, con garantizar jurídicamente la obediencia de los hijos, hasta que hayan alcanzado la plenitud de desarrollo, a la autoridad de los padres; es necesario asegurar la libertad y la independencia de esta autoridad; y como no tendrían libertad respecto al hijo dotado de patrimonio propio, cuando estuviesen obligados a dar cuenta de la inversión de los ingresos, es necesario que en este período de tiempo se suspenda la separación de intereses entre padres e hijos, y dejar a los padres el cuidado de los intereses que han adquirido carácter de comunes. Pero poseerá una idea incompleta del fundamento de esta mancomunidad de intereses el que se limite a ver el organismo familiar durante la menor edad de los hijos como una fase a través de la cual se llega a la perfecta desintegración que acompaña a la madurez plena de ellos. Así como el desarrollo del embrión en el seno materno reproduce el desarrollo que ha conducido a través de miles de años a la formación de la especie humana, así el desenvolvimiento de la familia desde el instante en que se constituye por la unión del hombre y la mujer hasta el en que se disuelve por la muerte de los más ancianos o de los más débiles, reproduce la metamorfosis experimentada desde la familia patriarcal a la familia en que la mujer ingresa con su dote, a la familia de la cual salen los hijos por necesaria emancipación. En cualquier momento de este desarrollo, la familia se encuentra en una correlación distinta con el ambiente social en que vive; y según la varia constitución de ella, viene a acomodar los estímulos a la actividad y al aprovechamiento de los bienes que están en su poder, por donde directa o indirectamente se promueven también los intereses sociales. Y de conformidad con estos intereses y hasta que los hijos puedan dar a su actividad una dirección propia e independiente, los productos de sus bienes pueden servir de medio a la común actividad económica dirigida por el padre.

Ahora bien; como a la *solidaridad permanente* de intereses entre los individuos de la familia se adapta la forma jurídica de la *propiedad común,* con la consiguiente atribución al *paterfamilias* de los poderes contenidos en ella; así aquí, cuando se trata de una *solidaridad transitoria* y conviene asegurar la integridad de intereses de los hijos para el instante en que se separen, la forma jurídica más apta para conciliar las necesidades del presente con las del porvenir, es la del *usufructo* sobre los bienes de los hijos, mediante el cual puede el cabeza de familia obtener todas las utilidades presentes y destinarlas libremente a la satisfacción de lo que él entiende

como necesidad común, sin perjudicar el derecho de propiedad de los hijos.

Debe rechazarse con energía la idea mezquina (1) de que se conceda al padre el usufructo en compensación a los cuidados que dedica a los hijos; si hay ocupación sustraída por naturaleza a toda remuneración, es aquella precisamente que incumbe a los padres para con la prole a quien dan vida; no sería explicable por qué se había de rechazar al tutor esta misma compensación con motivo del cargo análogo que se le impone en nombre del interés público. El usufructo legal es un medio de asegurar el libre ejercicio de la autoridad paterna y la unidad de dirección en la gestión de los intereses familiares, necesariamente solidarios durante la minoridad de los hijos; y como inherente a la patria potestad, de que no pueden despojarse los padres a su capricho, tampoco puede salir del patrimonio de éstos, como no sale del del marido el usufructo dotal (2). Lo que la ley persigue al conferir a los padres el derecho de usufructo no es, pues, como fin esencial, el beneficio de los hijos, ni se puede estimar éste como un elemento único de la determinación de su contenido (3); el carácter de una institución está señalado por su fin inmediato, sean cualesquiera los fines ulteriores a que por su mediación se llegue. Este fin inmediato es la libertad y la irresponsabilidad del padre en la gestión de los bienes del hijo e inversión de sus productos; y se atacaría este fin inmediato queriendo garantizar jurídicamente el beneficio del hijo, porque la última consecuencia lógica de este aseguramiento conduciría a negar que los padres estuviesen investidos de un verdadero derecho, y llevaría a limitar su libertad a la que se juzgase adecuada a la utilidad y provecho de los hijos.

Y no hay que arredrarse ante la consecuencia contraria que con lógica necesidad se deduce: la de reconocer en el usufructo legal un verdadero derecho de los padres, derecho que no puede salir de su patrimonio, sino que forma parte del mismo, y del cual, parcialmente al menos, sus productos sirven para aumentar la garantía de sus acreedores, aun cuando en este camino se llegue a restringir la plena libertad de los padres y se les obligue a dar cuenta, no a los hijos, sino a los acreedores, de la cuantía de los gastos de manuten-

(1) V. la Exposición de PISANELLI (Ed. de los trabajos preparatorios por GIANZANA, t. I, pág. 33).

(2) V. *supra* nota 3, pág. 435.

(3) V. RICCI, t. I, p. 2, nn. 166, 168.

ción, educación e instrucción de aquéllos. La libertad de disposición sobre los productos que rinden los bienes de los hijos, no puede convertirse en libertad de defraudar a los acreedores; no es lícito crear excepciones, no contenidas expresamente en la ley, al principio fundamental de que todos los bienes del deudor responden de sus obligaciones. Pero, sobre todo, recuérdese que si se aplican los productos de los bienes de los hijos a mantener la responsabilidad del padre hacia los extraños a la familia, ello es consecuencia necesaria de la comunidad de intereses y de la solidaridad económica que existe en la familia durante la menor edad de los hijos. Si al padre se le confía el cuidado exclusivo de estos intereses, aquella parte de los productos que exceda a las necesidades de su subsistencia y de la educación de los hijos, debe confiarse al libre desenvolvimiento de su actividad, y por lo tanto, no puede rehuir las responsabilidades que a esa actividad acompañan (1).

El usufructo que la ley concede al padre, y en su caso a la madre, sobre los bienes que a título gratuito reciban los hijos menores (arts. 228, 231) (a), está ligado estrechamente al derecho que concedía al padre, sobre los *bona adventicia*, el Derecho romano. Pero se distingue de él por un carácter fundamental: que en el Derecho romano el disfrute del padre duraba hasta su muerte o hasta la emancipación del hijo, y esta emancipación podía ser alargada indefinidamente por voluntad del padre, mientras que en nuestro Derecho el límite último es la mayoría de edad, y lo que depende de la voluntad del padre es sólo anticipar la extinción, emancipando al hijo. El cambio operado en la función de la patria potestad trae como consecuencia el que pueda aquélla ejercerse por la madre en lugar del padre, y que, por consiguiente, pueda corresponder a ella el derecho de usufructo, y a la capacidad jurídica plena que todo hombre adquiere al nacer, subsigue que el derecho de los hijos sobre los bienes que reciben tenga carácter de verdadera propiedad desde el momento en que los adquieren, solamente limitada por el derecho de los padres, derecho éste contenido dentro del ámbito mismo del usufructo voluntario. No se diferencian esencialmente las obligaciones de los padres de las de los demás usufructuarios por la dispensa de aquéllos de afianzar, porque el título constitutivo del usufructo puede también contener esta dispensa. Las facultades más extensas que corresponden a los padres en comparación con

(1) V. *infra*, l. IV, c. III.

(a) [Cfr. art. 160 Cód. esp.]

los otros usufructuarios, no nacen de que sea distinta la naturaleza de su derecho de usufructo; a semejanza de lo que ocurre con las facultades del marido sobre los bienes dotales, dichas mayores facultades competen al padre a virtud del derecho de administración y de representación del hijo propietario, que corresponde al padre independientemente del usufructo (1).

175. Las mismas razones que en el desenvolvimiento del Derecho romano llevaron gradualmente a limitar el derecho del padre sobre las adquisiciones de los hijos, se reproducen en el Derecho vigente para modificar la división fundamental de la potestad sobre estas adquisiciones, desdoblándola en propiedad del hijo y en usufructo del padre, aunque dichas razones obran con mucho menor alcance, como corresponde al limitado lapso de tiempo en que el hijo no alcanza la madurez, y cesan en su influjo tan pronto como la mayoría de edad o la emancipación pone término a la patria potestad, y con ella a todo derecho del padre sobre los bienes de los hijos. En el Derecho vigente, por otra parte, no conserva autoridad el principio romano de que los bienes que, procedentes del padre, reciba el hijo, sigan en el patrimonio paterno durante la patria potestad, y sobre ellos no adquiera el hijo más que un disfrute, principio fundado en la primitiva absorción de la personalidad del hijo que se ha discutido si quedó en vigor al crearse el peculio militar y posibi-

---

(1) Los escritores franceses, como PROUDHON (*Usufr.*, nn. 133 y sigs.), buscan el fundamento histórico de las diferencias entre el usufructo sobre la *bona adventicia* y el usufructo legal del Derecho moderno en la tradición del Derecho consuetudinario acerca de la *garde noble*. A esta institución, y a la patria potestad moderna, es común la característica limitación al período de tiempo en que los hijos no han alcanzado la mayor edad; y aun en la familia feudal, sólo mientras los hijos carecen de aptitud para el manejo de las armas se concentran todos los intereses patrimoniales en el jefe de familia, a quien abandona el señor los productos de los bienes de los menores de edad, mientras aquél desempeña el cargo de protector, que con anterioridad se reservaba el señor para sí *(garde seigneuriale)*; por consiguiente, es también una ampliación del primitivo concepto de la *garde* reconocido en muchos estatutos el que se concediera a la madre que sobreviviese al padre. Pero generalmente, el derecho patrimonial está limitado a lo que el hijo reciba de la herencia de su difunto padre, y la constitución de la *garde* es muy distinta en los varios estatutos; algunos de ellos la confían eventualmente a los ascendientes y aun a los colaterales; otros exigen fianza al *gardien:* POTHIER, *Tr. de la garde noble et bourgeoise, Op.*, (ed. Bruselas, 1830), t. III, p. 639.

litarse entre padre e hijo el negocio jurídico sobre bienes adventicios (1). Los bienes que da el padre al hijo se hacen inmediatamente propiedad de éste, y quedan sujetos también al usufructo legal del mismo padre, como los de cualquiera otra procedencia (2).

Tampoco se puede aplicar el concepto de peculio profecticio a los bienes que el padre entrega al hijo sin que salgan de su propio patrimonio (a), como ocurre cuando, por falta de la indispensable y formal aceptación en interés del hijo incapaz, requisito a que subordina la ley la validez de las donaciones (art. 1.059), no se pueda realizar el propósito de privarse inmediata e irrevocablemente de la propiedad. En tal caso, la concesión no produce otro efecto jurídico que el de procurar al hijo un disfrute precario; los bienes quedan en el patrimonio del padre y sirven de garantía a sus acreedores; no, como en el peculio profecticio, a los acreedores del hijo; ni aun con la muerte del padre pasan a propiedad de dicho hijo, porque no puede confirmarse tácitamente una inexistente donación. También es una concesión precaria la que hace el padre cuando da al hijo la posesión de bienes muebles, no porque se requiera que acepte otro por él para perfeccionar la donación manual en beneficio de los menores (3); el artículo 1.059 priva de capacidad al menor para intervenir personalmente en escrituras públicas a fin de aceptar una donación; pero no priva de efectos jurídicos a la donación realizada cuando sea naturalmente capaz de prestar el consentimiento. Mas como en las relaciones entre padre e hijo menor, la transmisión de la posesión y la intención misma expresa de donar no bastan para asegurar con certidumbre la voluntad de conferir un derecho al hijo (4), para impedir que el padre quiera reservarse la facultad de recobrar las cosas dadas o para imprimir a la concesión un alcance

---

(1) WINDSCHEID, § 484, notas 2, 4.

(2) Cas. Nápoles, 18 mayo 1881, *Annali*, 1882, 1, 65.

(a) [En el Cód. esp. ha quedado un vestigio del antiguo peculio profecticio, en la disposición del art. 161.]

(3) Si fuese necesaria por su natural incapacidad la aceptación de un tercero, no se perfeccionaría la donación transmitiendo la posesión, y por consiguiente, para perfeccionarla resurgiría la necesidad de la escritura pública. (V. *supra*, nota 1 en las págs. 423-425); igualmente, en caso contrario al examinado ahora, cuando el padre quiera asegurar al hijo un derecho (v. más adelante el texto).

(4) Por análogas consideraciones, FADDA (*Annuario critico*, 1800, 527) interpreta como concesión precaria de disfrute la entrega de vestidos, adornos, alhajas, hecha por el marido a la mujer.

superior al de los actos análogos que sin efecto jurídico se realizan en la vida íntima familiar, hay precisión de que intervenga un tercero y acepte, a fin de amparar los derechos del hijo; pero no por ello esta intervención asegura al hijo un como derecho al disfrute de las cosas donadas por el padre, ni excluye el usufructo paterno, ni dificulta el ejercicio de la disciplina doméstica. Cuando, por otra parte, el padre, antes de llegar el hijo a la mayor edad o emanciparse, no recobra la posesión de los bienes que le dió, hay por virtud de este hecho negativo una *traditio brevi manu*, y los bienes los conserva el hijo poseedor como donación manual. En cuanto a aquellas cantidades en metálico que el padre entrega al hijo para que provea por sí mismo a sus necesidades, el hijo está en la situación de un mandatario, y no puede hacer ahorros de ellas en su provecho, sino que debe dar cuentas al padre, porque si éste hubiera querido tácitamente remitir el sobrante, tendríamos de nuevo una donación manual, que por las razones indicadas, no puede perfeccionarse mientras sea menor el hijo, y que por eso *no queda confirmada con la muerte del padre*, aunque sí puede serlo por la emancipación del hijo o la llegada a la mayor edad.

Tampoco puede decirse que se conserven en vigor los principios sobre los peculios castrense y cuasi-castrense, por cuanto que están sustraídos al usufructo legal los bienes que adquiere el hijo «con motivo o en el ejercicio de las armas, oficios, empleos, profesiones y artes o en cualquiera otra forma con el trabajo propio y la propia industria separada» (art. 229, 4.°); no sólo porque están comprendidos en esta clase todos los bienes adquiridos con el trabajo o la industria, que también en el Derecho justinianeo formaban parte del peculio adventicio y no del cuasi castrense, sino principalmente porque, a diferencia de lo que ocurría con el peculio militar, si el hijo tiene la propiedad plena de estos bienes, queda al padre el derecho de administrarlos en representación suya, con el deber de rendir cuentas, como un tutor (a). Están comprendidos también entre estos bienes los que el hijo reciba a título de donación remuneratoria, de la cual es ocasión, si no causa, el servicio prestado. La industria de que derivan las ganancias del hijo puede, por lo demás, ser independiente de la del padre, aunque ellos vivan

(a) [En Derecho español, corresponde a los hijos el dominio, el usufructo y la administración de sus bienes, adquiridos por el trabajo o por cualquier título lucrativo, cuando, con consentimiento de los padres, viven independientes de éstos (art. 160).]

juntos (1); acerca de las ganancias derivadas de la industria común, la ley rechaza formalmente un usufructo paterno, pero implícitamente trata de excluir que se adquieran en parte como propiedad del hijo, porque el padre tiene derecho a utilizar en beneficio de la familia el trabajo que aquél pueda prestar, compensándolo con mantenerlo y cuidarlo (2). Que si quisiera darle otra compensación (con un salario o un estipendio cualquiera), facultad tiene para otorgar al hijo su disfrute o acumularlo a sus utilidades; y estaría en su derecho también reservándose el usufructo del estipendio acumulado, o bien administrándolo separadamente, por cuenta del hijo (3).

176. Las adquisiciones a título lucrativo a que se extiende el usufructo paterno comprenden cuanto recibe el hijo por sucesión testamentaria o legítima, o por donación, tanto de los parientes como de los extraños, así de la madre como del padre; el tesoro que encuentre, o el que se descubra en predio de su propiedad, las cosas derelictas que ocupe, los premios de Lotería, lo que le corresponda por los hallazgos de cosas perdidas y la propiedad que le atribuye la ley de las cosas que tienen la consideración legal de abandonadas y él halle (a).

En los bienes cuya propiedad se transfiere al hijo a título gra-

---

(1) Pero debe estar separada y tener autonomía de la del padre (Apel. Génova, 15 Abril 1889, *Giur. it.*, 1889, 2, 761).

(2) Es imperfecta, además, la redacción de los artículos 228 y 229, porque después de haber sentado en el primero la regla de que el padre tiene el usufructo sobre las adquisiciones a título lucrativo, entre las excepciones enumera en el segundo las adquisiciones a título oneroso.

(3) Un ejemplo característico de la constitución de derechos distintos, en virtud del trabajo en común, lo ofrecen las costumbres de la región toscana y de las Marcas en las familias de aparceros; en el *patrimonio nuevo*, que es el aumento que experimenta el caudal originario merced a la actividad de todos los individuos de la familia hábiles para trabajar, todos tienen derecho proporcionado a las respectivas edades; y queda, en interés de la familia, encomendado al padre el disfrute de ese nuevo patrimonio, hasta que los hijos forman una economía separada, no sólo, por tanto, cuando lleguen a la mayor edad, sino también cuando a la emancipación sobreviva una sociedad tácita de ganancias entre los individuos de la familia; cons. FIERLI, *Della divisione dei beni dei contadini* (Fermo, 1829).

(a) [El Cód. esp. da más amplitud al usufructo de los padres, pues lo aplica a los bienes o adquisiciones procedentes del trabajo o industria del hijo, o de cualquier título lucrativo (art. 160).]

tuito (1), el disponente puede, de un modo expreso o implícito, excluir el usufructo paterno (art. 229, n. 1.º) (2). Lo hace implícitamente cuando el donante o testador de los bienes expresa que se destinan para que siga una carrera, un arte o una profesión, el menor (art. 222, n. 2) (3) (a); pero la exclusión no puede producir efecto respecto a los bienes que como legítima corresponden al hijo (art. 229, n. 1; cons. art. 808) (b) (4).

---

(1) Si el legado es bajo condición suspensiva, pendiente la condición, ni el hijo tiene la propiedad ni el padre por tanto el usufructo legal: Apel. Módena, 16 Marzo 1883, *Giur. it.*, 1883, 2, 363.

(2) Cons. Apel. Módena, sent. citada en la nota precedente; Apel. Bolonia, 17 Marzo 1883, *Riv. giur. Bol.*, 1883, 234. En esta última sentencia, la exclusión del usufructo se fundaba en la disposición que declaraba deber aplicarse los frutos de los bienes a la educación del menor. Nótese que el artículo 387 del Cód. francés, a diferencia del 229, exige que, como condición expresa, se consigne la de «que los padres no disfrutarán». En cambio, el nombramiento de administrador para los bienes conferidos a un menor, expresa el propósito de privar al padre de la obligación de administrar; pero aunque forma normalmente el complemento de la privación del usufructo legal (en Derecho francés se discutía la admisibilidad de disponer una administración separada, si bien el artículo 247 ha borrado la duda sobre el particular) no basta por sí mismo para privar del derecho de usufructo si no se refuerza con otros juicios que manifiesten la intención del disponente. (Apel. Perusa, 29 Mayo 1879, *Giur. it.*, 1879, 2, 327; Apel. Turín, 25 Junio 1889, *Foro*, 1890, 1, 40. V. nota 4 de esta misma página.

(3) El destino del legado o donación puede no producir otro efecto jurídico sino privar del usufructo legal, pero este destino puede imponerse también como condición de la liberalidad. En este caso, si el padre quiere dar a la carrera del hijo una dirección opuesta a la indicada por el disponente, debe rechazar la donación o el legado; pero entonces, el hijo mismo, la madre, los parientes o el Fiscal, pueden acudir a la autoridad judicial, si la negativa perjudica al hijo, para que resuelva y ordene o autorice la aceptación (arts. 226 y 1.059).

(a) [Cfr. art. 162 Cód. esp. Sobre si puede generalizarse la disposición establecida en el mismo para un caso singular, v. la sentencia del T. S. de 11 Mayo 1904.]

(b) [Art. 813 Cód. esp.]

(4) Antes de que se abra la sucesión del disponente no se puede hablar de legítima, y por lo tanto, producirá efecto completo la exclusión del usufructo dispuesta en una donación, aunque concluirá, total o parcialmente, cuando a la muerte del donante aparezca que ha sometido a este vínculo bienes de que no podía disponer: BORSARI, § 534. Adviértase, además, que en tanto que no se puede privar a los padres del usufructo de la legítima, el artículo 247 faculta para nombrar administradores distintos a los bienes que se transmitan a los

Independientemente de la voluntad del que cede los bienes, la ley priva del usufructo legal sobre aquello que recibe el hijo a título de herencia, legado o donación, en interés del mismo y contra el consentimiento del padre (art. 229, n. 3), sobre los bienes legados o donados al hijo del indigno de recibir con relación al disponente o al testador (art. 728) (a). El fundamento del segundo caso es de fácil inteligencia; el indigno no debe obtener una ventaja indirecta de aquel beneficio de que le priva la ley; y está tanto más justificado, cuanto que si se reconociera la representación del indigno sería frecuente que volviese a él, en parte, el beneficio en forma de usufructo. Ya no es tan firme el apoyo de la primera; la negativa a aceptar no implica voluntad de renunciar al usufructo que se obtiene con la adquisición, porque ésta es posible aunque no acepte el padre; y aun esa negativa, que puede inspirarla un plausible modo de entender los intereses del hijo, tampoco puede justificar la privación del usufructo como una pena impuesta (1). De todas suertes, no basta que el padre haya descuidado el aceptar y que su negligencia la hayan suplido otros para excluirle por eso del usufructo, sino que es necesario que se haya opuesto abiertamente a la aceptación. En cambio, no se sustraen al usufructo legal los bienes de la herencia que haya renunciado el padre para sí; tuviera o no el propósito de beneficiar con ella al hijo, la renuncia se refiere únicamente al derecho que se transmitía al padre; y al adquirir el hijo la herencia, obtiene el padre el usufructo por una necesidad jurídica (2).

También por voluntad del disponente queda excluído el usufructo legal cuando de los bienes donados o legados por testamento

---

menores sin distinguir entre transmisión por espontánea liberalidad o transmisión a título de legítima. Puede, por tanto, ordenarse una administración separada para la misma legítima; pero como a los padres no se les puede privar del usufructo de ella, para la misma la administración se limitará a la nuda propiedad y a tutelar los derechos de los hijos propietarios contra el padre que como usufructuario esté investido de la posesión de los bienes. Así, Apel. Milán, 20 Diciembre 1880, *Giur. it.*, 1881, 2, 119; Cas. Florencia, 27 Abril 1884, *Foro*, 1884, 1, 297. *Contra:* Apel. Florencia, 4 Junio 1881, *Annali*, 1881, 2, 256. En cambio, en cuanto a la parte libre, puede privársele de la administración y del usufructo y aun ordenar que el administrador cobre las rentas y las envíe al padre en vez del usufructo.

(a) [Cfr. arts. 761 y 857 Cód. esp.]

(1) BORSARI, § 535; PROUDHON, *Usufr.*, n. 139.

(2) PROUDHON, *Usufr.*, n. 159. *Contra:* BORSARI, § 536.

sólo se trasmite la nuda propiedad al menor y el donante se reserva el usufructo o lo dona o lega a un tercero, o se rebaja implícitamente con sólo legar la nuda propiedad al menor, dejando el disfrute a beneficio de los herederos testamentarios o legítimos; pero la exclusión del usufructo legal, dispuesta en esta forma, no es definitiva, porque la atribución de la nuda propiedad da derecho a que se consolide el usufructo a la muerte del usufructuario o cuando se extinga por otra cualquier causa, y puede, por tanto, reaparecer si antes de la mayoría de edad adquiere el nudo propietario el dominio pleno. Corolario de esto es que pueda legarse o donarse al padre o la madre mismos el usufructo de los bienes dados al hijo, invistiéndoles de un derecho que no está sujeto a las cargas del usufructo legal, no es inalienable, y no se extingue por las causas que acaban con aquél antes de la muerte del usufructuario. Se ha sostenido, erróneamente, que semejante disposición no debilita el derecho que da la ley al padre, antes bien añade una prórroga al usufructo, continuándolo más allá del término legal (1). «Si el testador lega al padre un usufructo, no amplía un derecho preexistente, sino que crea un derecho que depende sólo de su voluntad» (2).

177. Para que el padre usufructúe los bienes cuya extensión hemos fijado, es necesario que pertenezcan a hijos menores y no

(1) Cas. Turín, 17 Abril 1872, *Legge*, XII, 1, 700.

(2) Ricci, t. I, p. II, n. 169. En este sentido, v. Apel. Turín, 2 Agosto de 1878, *Giur. tor.*, 1878, 611. La misma Cas. de Turín, cambiando la anterior doctrina, lo ha resuelto así en 29 de Julio de 1885 (*Giur. it.*, 1885, 639). Análogamente debe distinguirse entre el usufructo del «lucro dotal» correspondiente al marido superviviente con prole, que se le transmite a virtud del contrato, sin cargas ni condiciones, y concurre por completo a aumentar la garantía de sus acreedores, y el usufructo que le corresponde sobre la dote remanente a causa de la patria potestad (Apel. Casale, 11 de Mayo de 1867, *Gazz. genov.*, XIX, 1, 505). No es posible, naturalmente, constituir un usufructo distinto del legal en favor del padre o de la madre sobre la legítima de los hijos, precisamente porque se debe la plena propiedad de ella; la atribución expresa del usufructo no modificaría los derechos que recibe de la ley como no modifica el derecho del legitimario un legado de la legítima. Cuando el padre está investido del usufructo *jure proprio*, no *jure paterno*, conserva la administración de la nuda propiedad correspondiente a los hijos; la coexistencia de este derecho de usufructo con la propiedad de los menores no es por sí misma un conflicto de intereses que necesite el nombramiento de un administrador para la propiedad (Apel. Venecia, 18 Diciembre 1878, 28 Enero 1880, *Temi ven.*, 1879, 37; 1880, 134).

emancipados, sujetos a la patria potestad. El artículo 228 no afirma expresamente esta sujeción como requisito para asignar el usufructo (a), pero el epígrafe del título en que está colocado nos da ya un argumento textual para excluir el usufructo cuando no exista aquel vínculo especial de sujeción en que tiene su razón de ser. Los hijos sujetos a la patria potestad pueden ser legítimos y legitimados, pero no naturales reconocidos, sobre los cuales sólo corresponde al padre la tutela. Otra razón hay en el texto del artículo 184 que aplica a la tutela de los padres naturales todas las disposiciones relativas a la patria potestad, pero excluye expresamente los artículos 228 y 232, que tratan del usufructo; y es obvio que esta diferencia sirve para impedir que el reconocimiento de los hijos naturales se convierta en especulación para acaparar el disfrute de los bienes que posean (b). Tampoco se adquiere con la adopción la patria potestad sobre el adoptado, ni se extingue la que corresponde a sus padres naturales (artículos 211, 212); por ello, éstos conservan el usufructo de los bienes del adoptado cuando la adopción no va acompañada de la emancipación (c). Con mayor motivo hay que considerar excluído el usufructo sobre los bienes adjudicados en herencia o por donación a los hijos no nacidos; el artículo 1.059 reconoce a los padres y demás ascendientes el derecho a aceptar las donaciones que se hagan a aquéllos (d); el artículo 860 aplica al llamamiento de dichos concebidos las reglas del llamamiento bajo condición suspensiva, y del apartado que atribuye al padre o a la madre la administración de los bienes legados al concebido, puede *a contrario sensu* inducirse que no están investidas necesariamente de un derecho de administración aquellas personas de las que deben nacer los llamados a recoger la propiedad; y si tampoco son padres, menos aún se les puede investir del usufructo, que es inherente a la patria potestad (1).

Corresponde el usufructo legal a la madre que, en lugar del padre, ejerce la patria potestad (artículo 231). Ejerce la madre la patria potestad, en primer término, cuando se disuelve el matrimo-

(a) [Comp. art. 160 Cód. esp.]

(b) [En Derecho español se ejerce la patria potestad sobre los hijos naturales (art. 154), pero sin derecho de usufructo sobre los bienes de éstos (art. 166).]

(c) [El Cód. esp. aplica a estos hijos el régimen mismo de los naturales (arts. 154 y 166).]

(d) [Cfr. art. 627 del Cód. esp.]

(1) Apel. Casale, 23 Junio 1884, *Giur. cas.*, 1884, 333. *Contra:* el mismo Tribunal, 6 Marzo 1888, *ibid*, 1888, 90. V. más atrás n. 1, pág. 470.

nio por muerte del marido (artículo 220) (a). La extraña disposición del artículo 235, que autoriza al padre para señalar condiciones a la madre supérstite respecto a la educación de los hijos y a la administración de los bienes, cosa opuesta a la atribución de la patria potestad a los dos, padre y madre, y a la preferencia del padre para su ejercicio únicamente mientras dura el matrimonio (artículo 220), es indudable que no puede ampliarse hasta llegar a conferir al padre el derecho de privar en todo o en parte a la madre supérstite del usufructo que le concede la ley y a sujetarlo a condiciones, y en particular a obligar a la madre a que preste fianza de que está dispensada por la ley misma (artículo 497) (1). En segundo lugar, si el matrimonio se anula y fué contraído de buena fe únicamente por parte de la mujer, quedan en vigor sus efectos respecto a ella y a los hijos (artículo 116) (b), y pasan a la misma la patria potestad y el usufructo que pierde el marido. En tercer lugar, cuando el padre desaparece de su domicilio o residencia, ignorándose dónde se encuentra o si vive, la madre, con arreglo al artículo 46, asume el ejercicio de la patria potestad, aun antes de que se declare legalmente la ausencia (c). En cuarto lugar, es imposible que ejercite el padre la patria potestad cuando incurra en locura o interdicción; y entonces pasa, necesariamente, a la madre, a quien se inviste al propio tiempo de la tutela del cónyuge, hasta que se deje sin efecto la interdicción (d) (2). En quinto lugar, pue-

(a) [Cfr. art. 154 del Cód. esp.]

(1) Tampoco puede el padre dar a la madre un cotutor o coadministrador: F. S. BIANCHI, *Dir. civ.*, IV, 312; BORSARI, § 550; Apel. Florencia, 12 Septiembre 1882, *Annali*, 1882, 2, 455; Cas. Nápoles, 29 Marzo 1889, *Foro*, 1890, 1, 1.102. Pero sí puede, como podría hacerlo un extraño, sustraer a la madre el usufructo y la administración de los bienes que voluntariamente lega al hijo, no de la legítima (v. *supra*, n. 167); RICCI, t. I, p. II, n. 368; Apel. Venecia, 30 Julio 1878, *Temi ven.*, 1878, 609; Apel. Florencia, 5 Agosto 1879, *Mon. giud. ven.*, 1879, 604; Apel. Venecia, 15 Agosto 1880, *Temi ven.*, 1880, 369; Cas. de Turín, 29 Diciembre 1883, *Foro*, 1884, 1, 218.

(b) [Cfr. art. 69 Cód. esp.]

(c) [Cfr. art. 170 Cód. esp.]

(d) [Art. cit. Cód. esp.]

(2) Sobre esto no puede haber duda alguna. Discútese, en cambio, si declarada loca la madre, y, por tanto, imposibilitada de ejercitar de hecho la patria potestad, ha de conservar el usufructo en su beneficio. El artículo 241 no enumera la interdicción entre los actos que llevan consigo la pérdida de la patria potestad; pero no obstante ello, por lo general está reconocido que, a causa de la interdicción de la madre, se organizan dos tutelas distintas, la de la

de privársele al padre temporal o indefinidamente en causa criminal de la patria potestad, y en tal caso se atribuye a la madre definitivamente o mientras dura la condena. La privación perpetua de la patria potestad es consecuencia necesaria de la condena a la pena de ergástula (artículo 33 del Código penal) y de todas las condenas por delitos contra el pudor, actos deshonestos, excitación a la corrupción, incesto y lenocinio contra los hijos (Código penal, arts. 331, 332, 333, 335, 337, 345, 346, 347, 349) (a); el Tribunal de lo criminal está facultado para imponerla accesoriamente al condenar por abusos en la corrección de los hijos (artículo 392 del Código penal); e igualmente están facultados los Tribunales para, en penas mayores de cinco años de reclusión, privar al reo de la patria potestad mientras se extinga la condena (artículo 33 del Código penal). Por último, el abuso de la patria potestad por parte del padre, puede ocasionar una resolución judicial que cabe insten la madre misma, los próximos parientes y el ministerio fiscal, para transmitir el ejercicio a la madre (artículo 333) (b).

178. Pero hay otros casos en que pasa a la madre el usufructo, aun cuando ejerza el padre la patria potestad, y son todos aquellos en que por causas personales del padre se le excluye del mismo (art. 231). El padre, como quiera que está investido de la patria potestad, conserva derecho a señalar la parte de rentas, de las que producen los bienes del hijo, que ha de dedicarse a su sostenimiento, educación y enseñanza; el padre y la madre, de común acuerdo, señalan la porción de que pueda disponer, y a la madre le concede la ley un derecho de fiscalizar el ejercicio de la autoridad paterna, y en caso de disentimiento entre ambos resuelve la autoridad judicial; la madre, a quien corresponde el usufructo, dispone del excedente de los productos, sin estar obligada a rendir cuentas, y puede invertirlo en beneficio propio, si no hay obstáculo jurídico, o ahorrarlo en favor del hijo o invertirlo directamente en completar su educación o en establecerlo, siempre que no se aparte de la

---

madre y la del hijo; y reconocido esto, pugna con el carácter del usufructo legal y con su función de instrumento para el ejercicio de la patria potestad, el conservarlo para la madre que no la ejercita. Así lo decidió el T. de Apel. de Génova, en 30 de Mayo de 1881 (*Giur. it.*, 1881, 2, 434) y 15 Abril 1889 (*eod.*, 1889, 2, 761). He de volver sobre la cuestión al tratar de la extinción del usufructo.

(a) [Cfr. art. 169, n.° 1.° del Cód. civ. esp. y el 549 del Cód. pen.]

(b) [Cfr. art. 171 Cód. esp.]

dirección de vida de su hijo, que al padre exclusivamente corresponde escoger.

En primer lugar, es causa personal de exclusión del derecho de usufructo paterno, la indignidad del padre para recoger herencia o donación que en lugar de él adquiera el hijo por su propio derecho o por representación. Otra, la repudiación de la herencia, legado o donación hecha al hijo. Acerca de si la privación del usufructo paterno impuesta como condición a las liberalidades en favor de los menores de edad, produzca efecto respecto al padre solo, o también prive de él a la madre, hay que indagar las probables intenciones del disponente, para poder resolver. Habrá evidente intención de excluir a la madre, cuando el disponente, haciendo uso del derecho que le concede el artículo 247, nombre un curador especial para los bienes que transfiere, y elija como tal a persona distinta de la madre; no habrá esa seguridad si el disponente excluye nada más del usufructo al padre, siendo así que el menor tiene padre y madre. Pero, en la duda, no puede conjeturarse que el donante o testador alimentara hostilidad o desconfianza hacia el padre, y hay que presumir, más bien, que haya querido asegurar a los menores la posibilidad de que se ahorren y acumulen en su beneficio los productos que excedan a la normal satisfacción de sus necesidades, en vista de la posición económica de la familia, y únicamente cuando de un modo explícito salte a la vista la exclusión personal, será cuando el derecho de usufructo pase a la madre (1).

En cuarto lugar, a virtud de sentencia pronunciada contra el marido, acordando la separación de cuerpos, queda aquél privado del usufructo legal (art. 56) (a); pero como no hay razón para que éste se extinga, es transferido entonces a la madre. En quinto lugar, los tribunales pueden privar al padre, total o parcialmente, del usufructo, sin arrebatarle la patria potestad, cuando abuse en la administración de los bienes (2) (b). De esta exoneración total o parcial del padre resulta, por necesidad jurídica, que la madre adquiere el usufructo o la parte de él de que fué privado el padre. El artículo 233 faculta a los tribunales para nombrar un tutor al

(1) RICCI, t. I, p. II, n. 172.

(a) [Cfr. art. 169, n.º 1.º del Cód. esp.]

(2) La medida del artículo 233 a favor del hijo, se corresponde con las que en defensa de los propietarios se toman contra los usufructuarios a virtud del artículo 516.

(b) [V. art. 171, párr. 2.º del Cód. esp.]

hijo y un curador para sus bienes, en el supuesto de que haya incurrido uno de los padres en la privación de la patria potestad o del usufructo; tales medidas se adoptan cuando la privación recae sobre la madre supérstite, o el padre que esté viudo o cuando se halle incapacitada la madre para ejercer la patria postestad; pero no cuando ella viva y sea capaz de reemplazarlo.

179. Acerca de los preceptos de Derecho transitorio respecto al usufructo legal (a), no puedo hacer otra cosa que resumir las doctrinas de GABBA (1). En general hay que atenerse a la ley actual para juzgar de los derechos y deberes correspondientes al que tiene la patria potestad respecto a los hijos que a ella están sujetos, y no a la ley vigente cuando se celebró el matrimonio o surgió la potestad misma; y en cuanto al usufructo que, aunque estrechamente unido a la patria potestad, no es inseparable de ella, la nueva ley debe aplicarse a todos los padres e hijos existentes y a los bienes que éstos poseen al entrar aquélla en vigor, lo mismo si lo reconoce por primera vez, como si lo deroga, amplía o restringe su ejercicio. Una primera aplicación de este principio la hace el artículo 11 de las disposiciones transitorias, al decir: «si por virtud de leyes anteriores no correspondiese a los padres el usufructo que les atribuye el nuevo Código sobre los bienes de los hijos, lo adquirirán desde el día en que entre éste en vigor, incluso sobre los bienes que los mismos hubiesen ya recibido». Cuando la nueva ley concede el usufructo sobre los bienes de los hijos en casos en que no lo reconocía la ley anterior, hay que distinguir según que la causa obedezca al restablecimiento de la autoridad paterna en casos que, según la ley anterior, estaban libres de ella, o sin que haya sufrido cambio la condición personal de los hijos ni la naturaleza de su sujeción. En la primera hipótesis no es aplicable a los bienes que quedaban fuera del usufructo en la ley anterior; porque no se puede privar por una ley posterior de la emancipación o mayoría de edad logradas sin incurrir en una injusta retroactividad; en la segunda, sí; porque los hijos, mientras están sujetos a la autoridad del padre, no han adquirido un derecho a que se sustraigan sus bienes al usufructo, y puede la ley fijar los efectos de aquélla, atribuyéndole o no el derecho al usufructo. También hay

(a) [Hacen referencia a esta materia las reglas transitorias 5.ª y 6.ª del Cód. esp.]

(1) *Teoria della retroattiv. delle leggi*, t. II, págs. 214 y sigs. (2.ª ed.)

una aplicación textual de esta distinción en el propio artículo 11 de las disposiciones transitorias: «si conforme a las leyes anteriores, ha cesado el usufructo, por haber cumplido el hijo la edad de diez y ocho años sin que haya sido, legal o voluntariamente, emancipado, con la vigencia del nuevo Código lo recobran los padres por el tiempo y según los principios establecidos en el mismo». En cambio, los hijos legal o voluntariamente emancipados bajo las leyes anteriores en casos en que no podrían lograrlo rigiendo la nueva, conservan el estado civil personal adquirido y consiguiente exención del usufructo paterno (cons. Disps. trans., a. 9).

Si la nueva ley deroga respecto a algunas personas el derecho al usufructo legal, quien en el momento de entrar a regir y en virtud de leyes anteriores se halle en posesión del usufructo, lo pierde a contar desde este momento. «No puede reputarse existente un derecho adquirido al usufructo legal, como no puede haberlo a otros efectos... de la patria potestad o del estado de padre» (1). El principio éste está recogido en el artículo 10 de las disposiciones transitorias, pues ordena la extinción del usufructo de los demás ascendientes al entrar en vigor el Código; lo aplica también, aunque atemperándolo equitativamente al usufructo que competía a los padres después de la mayoría de edad o de la emancipación del hijo, y dispone que lo conserven por el tiempo que de él falte según las leyes anteriores, pero no más de un año después de regir el Código (2).

La extensión objetiva del usufructo legal está señalada por las disposiciones de la nueva ley, lo mismo en cuanto a los bienes que adquieran los hijos después de su entrada en vigor, como respecto a aquellos que hubieran adquirido anteriormente y sobre los que los padres conservan o recuperan el usufructo. (Arg. del art. 10, pr.)

180. Si son de nacionalidad distinta padres e hijos, caso que puede ocurrir (art. 6.°, ap.° 2.°; art. 8.°, princ.; art. 10, ap.° 3.°; artículo 11, ap.os 4.° y 5.°; art. 14), no obstante las previsiones de nuestra ley para conservar la unidad de la familia a través de los

(1) GABBA dice: «A otro efecto no esencial»; pero *a fortiori* hay que admitir en virtud de la ley nueva la extinción de los efectos esenciales de la patria potestad, como pudiera ser el derecho de custodia de los hijos.

(2) Naturalmente que no es aplicable el artículo 10 al usufructo sobre el «lucro dotal» que, aun cuando reservado por virtud de una disposición supletoria de la ley (Constitución estense de 1771; Cód. albertino, art. 1.529), es un derecho contractual (Cas. Turín, 27 Diciembre 1878, *Giur.*, 1879, 172).

cambios de nacionalidad (1), el conflicto posible entre la ley nacional de los padres y la de los hijos, una de las cuales reconozca y la otra niegue el usufructo (2), se resuelve en dos opuestas direcciones por la jurisprudencia y los escritores de Derecho internacional, pero dando siempre preferencia a una de las dos leyes. Unos, considerando que el usufructo, como la patria potestad a que es inherente, está regulado en beneficio de los hijos y no de los padres, opinan que hay que atenerse para su admisión o exclusión a la ley de aquéllos (3); otros viendo en él un derecho creado para favorecer, inmediatamente al menos, a los padres, opinan que debe regirlo la ley nacional de éstos (4). En pro de la segunda solución, es de notar también que el conferir el usufructo a los padres sirve para conservar la unidad económica de la familia durante la menor edad de los hijos; que facilita, no los intereses distintos de padres e hijos, sino los intereses comunes de la familia, representada por el padre, y que, por lo tanto, en la ley de éste debe buscarse el criterio para resolver la forma cómo han de ser jurídicamente tutelados dichos intereses. Ahora bien, si el cambio de nacionalidad del padre obedeciese al fin único de gozar del usufructo que no tiene con arreglo a su ley nacional, conforme a un principio constante de Derecho internacional, habría que privar a este cambio de toda eficacia como hecho en fraude de la ley (5).

---

(1) V. A. RICCI, en la *Riv. ital. per le scienze giur.*, t.° XII, ps. 25 y ss.

(2) No reconoce, por ejemplo, el usufructo legal el Código austriaco, § 150; tampoco el Derecho inglés (V. LEHR, *Él. de droit civ. angl.*, n. 196), ni el Derecho ruso (LEHR, *Él. de dr. civ. russe*, t. I, 187).

(3) WEISS, *Tr. élément. de dr. internation. privé*, p. 576; DESPAGNET, *Précis de dr. internat. privé*, n. 551; DURAND, *Saggio di dir. intern. privato* (trad. it., Nápoles, 1877), n. 72; BARD, *Précis de droit internat.*, n. 164; SURVILLE-ARTHUYS, *Cours élément. de dr. internat. privé* (París, 1890), n. 320; VON BAR, *Theorie und Prax. des internat. Privatr.* (Hannover, 1889), n. 202; FIORE, *Dir. intern. priv.* (3.ª ed., Turín, 1889), n. 619.

(4) LAURENT, *Dr. civ. intern.*, t. VI, n. 21; ASSER-RIVIER, *Élém. de dr. intern. privé* (París, 1884), n. 56; CATELLANI, *Il dir. intern. priv. e i suoi recenti progressi* (Turín, 1888), n. 597; FIORE, *Dir. intern. priv.* (Florencia, 1874, 2.ª ed.), n. 163, que en la última edición declara preferir el criterio opuesto. Entre las sentencias francesas, v. Cas. 13 Enero 1873, DALLOZ, 1873, 1, 297; Bourges, 4 Agosto 1894, SIREY, 1875, 2, 69; Cas. 14 Marzo 1877, *Journal droit intern. priv.*, 1878, p. 167; Tribunal del Sena, 5 Abril 1884, *Journal*, cit., 1884, 521.

(5) Cons. sobre el *fraus legis:* GABBA, *Quest. di dir. civ.* (Turín, 1885), págs. 208 y sigs.

Encuentro más débiles que los que se emplean para combatir la tesis contraria los argumentos que se aducen en defensa de cada una de las dos soluciones. No puedo comprender cómo se invoca la ley del hijo o las diversas leyes de los hijos menores (porque puede darse también el caso de hijos que tengan distinta nacionalidad unos de otros), para atribuir a los padres un derecho de que carecen con arreglo a su propia ley, o para modificar según esta ley la posición que ocupan en la familia y transformarlos, de tutores y administradores responsables, en representantes de una solidaridad de intereses que no quiere reconocer esta ley. Pero por otra parte, no veo cómo pueda imponerse la solidaridad de intereses, la unidad económica de la familia a los hijos que según su ley nacional se consideran sujetos de distintos intereses a los de los padres aun durante la menor edad; y no están sometidos a aquella subordinación nada más que en lo estrictamente necesario para su protección mientras no han alcanzado la madurez completa de su desarrollo, como no puede prolongarse la minoridad o excluir la emancipación necesaria aplicando la ley del padre que sea en ello opuesta a la del hijo; y paréceme que la solución más correcta sería la que excluyese el predominio de la ley que concierne a un término de la relación sobre la que concierne a otro término, y que se niegue el usufructo tanto al padre a quien no se lo conceda su ley nacional, cuanto al padre cuyo hijo, también por su ley nacional, esté libre de él. Si, por otra parte, las leyes del padre y del hijo admiten por igual el usufructo, habrá que regular necesariamente la extensión objetiva en cuanto al tiempo y condiciones de ejercicio comunes a las dos leyes, por la del padre que es el sujeto de derecho.

Y lo que no puede ofrecer duda es que ningún influjo ejercen las leyes del lugar en que están situados los bienes sobre la duración y extensión del usufructo legal, que debe regirse únicamente por la ley personal de los padres y de los hijos (1).

---

(1) Fiore, *Disposiz. preliminari del Cod. civ.* (Nápoles, 1890), t. II, n. 622.

CAPÍTULO IV

EL USUFRUCTO DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

SUMARIO: 181. Fundamento y requisitos del derecho de sucesión a favor del cónyuge. - 182. Cuantía de la cuota transmitida en usufructo al cónyuge en la sucesión *ab intestato* al concurrir con descendientes legítimos. - 183. Cuantía del usufructo que le corresponde cuando concurre con descendientes legítimos e hijos naturales. - 184. Cuantía del usufructo reservado al cónyuge en la sucesión testamentaria. - Facultad de los herederos para privarle del usufructo y sustituirlo con una renta o una parte de los frutos. - 185. Bienes sobre los cuales se fija la cuota usufructuaria del cónyuge en la sucesión *ab intestato*. - 186. Imputación a que está obligado el cónyuge en la partición del caudal *ab intestato*. - 187. Bienes sobre los que se fija la cuota que reserva la ley al cónyuge en usufructo, e imputación sobre las legítimas. - 188. Si es heredero el cónyuge a quien se transfiere por la ley el usufructo en la sucesión testamentaria o *ab intestato* del otro cónyuge. - 189. Tiempo y forma en que adquiere el derecho real de usufructo el cónyuge supérstite. - 190. Jurisprudencia y doctrina.

181. La ley llama al cónyuge supérstite a la sucesión del premuerto, haya éste dispuesto (artículos 812 y siguientes) (a) o no (artículos 753 y siguientes) (b) de sus bienes. Pero de los bienes relictos no le corresponde la propiedad sino en el caso de que no concurra con descendientes legítimos (c); si concurre con éstos, tiene derecho tan sólo a una parte en usufructo del haber hereditario; una parte en usufructo en concepto de legítima, de la que no se le puede privar ni por donación ni por testamento, sean quienes sean

(a) [Art. 807 del Cód. esp.]

(b) [No cabe duda de que en Derecho español existe el usufructo vidual en la sucesión intestada, a pesar de que el Código sólo se refiere al mismo en el caso especial del art. 953. V. la resolución de la Dirección general de 14 Junio 1897.]

(c) [En Derecho español sólo hereda en propiedad el cónyuge en defecto de hermanos e hijos de hermanos (art. 952).]

los llamados, y aun cuando ninguno de los designados por la ley concurra con él. Se explica perfectamente que se le atribuya un derecho vitalicio, teniendo en cuenta la teoría que ve en la existencia misma de la familia, aun después de disolverse su unidad económica, el fundamento de la transmisión legal de los bienes por causa de muerte (1). El cónyuge que ha participado en la formación de la familia tiene derecho a adquirir para sí, pero sólo para sí, una porción del patrimonio del otro cónyuge (a). A falta de otras disposiciones testamentarias, y cuando no concurra con hijos, le corresponde una parte o todo el patrimonio en propiedad, y no se explica que pueda trasmitirlo después a una familia distinta sino recurriendo, para completar o corregir parcialmente aquélla, a la teoría corriente, que busca el fundamento de la sucesión legítima en la presunta voluntad del causante.

Para que surja el derecho de sucesión del cónyuge, lo primero que se necesita es que exista entre ellos un matrimonio válido. La anulación del matrimonio, aun posterior a la apertura de la sucesión, le priva de este derecho y le arrebata la propiedad o el usufructo que hubiere adquirido. Unicamente si ignoraba el impedimento que existía para contraer justas nupcias, subsisten respecto a él los efectos civiles del matrimonio anulado (artículo 116) (b), y entre ellos, los derechos adquiridos sobre la sucesión del otro cónyuge. Ciertamente que el matrimonio putativo no produce nuevos efectos después de su anulación (2), y por consiguiente, aun el cón-

(1) FILOMUSI GUELFI, *Successioni* (introducción), II, nn. 20 y sigs. (en el *Digesto italiano).*

(a) [Más acentuado carácter familiar que la cuota vidual del Código civil tienen en nuestra patria los usufructos establecidos por algunas legislaciones forales. En Aragón tiene el cónyuge *viudedad legal* sobre los bienes inmuebles, que puede convertirse en *viudedad universal* por virtud de pacto (arts. 63 y sigs. del *Apéndice* aprobado por Real decreto-ley de 7 Diciembre 1925). En Navarra está admitido el usufructo foral *(fealdat)* sobre todos los bienes del cónyuge premuerto. En Vizcaya se reconoce al viudo un usufructo circunstancial y limitado cuando el matrimonio se disuelve sin hijos ni descendientes. Finalmente, en Cataluña se reconocen a favor de la viuda, y también con carácter limitado y transitorio, los derechos llamados de año de luto *(any de plor)* y *tenuta.*]

(b) [Art. 69 Cód. esp.]

(2) El artículo 116 rechaza esta proposición de un modo que no tiene correspondencia en los artículos 201 y 202 del Cód. francés, que son sus concordantes; los efectos civiles se extienden a los hijos nacidos antes del matrimonio únicamente cuando hayan sido reconocidos antes de la nulidad.

yuge de buena fe, si bien conservará el derecho al «lucro dotal» y demás ventajas que contractualmente se le hayan asegurado, con la anulación perderá la posibilidad de adquirir un derecho a la sucesión de su ex cónyuge, al morir éste con posterioridad a aquella anulación (1). El segundo requisito para que suceda el cónyuge consiste en que no esté separado por su propia culpa a la muerte del otro (artículos 757, 812) (a). No está privado del derecho de sucesión en el caso de hallarse separados por mutuo consentimiento o cuando la sentencia declare que esta separación es imputable al otro cónyuge; pero queda privado del usufructo cuando la separación se decreta por los Tribunales y está fundada en una culpa común; la sentencia debe ser firme antes de que se abra la sucesión, y los herederos carecen de derecho para continuar el juicio promovido por su causante a fin de excluir al cónyuge de concurrir a la sucesión; por otra parte, queda sin efecto la sentencia (2), sin que intervenga la autoridad judicial (artículo 157) (b), si medió la reconciliación entre los cónyuges y ésta aparece declarada expresamente o por el mero hecho de cohabitar.

182. Cuando el cónyuge no concurre con parientes dentro del sexto grado, se le trasmite la propiedad de todo el caudal de que no haya dispuesto el cónyuge premuerto; si concurre con parientes dentro del sexto grado, que no sean descendientes de hermanos, únicamente la propiedad de dos tercios; la de uno si concurre con ascendientes, con hermanos o con hijos naturales, y de un cuarto si simultáneamente concurre con ascendientes e hijos naturales (artículos 754 y 755) (c). Cuando lo hace con hijos legítimos, el usufructo de una parte como la que correspondería a los hijos si en igualdad de derecho estuviesen llamados a repartirse con él la herencia (artículo 753 (d). Si premuere o es incapaz alguno de los hijos, y tiene descendientes que lo representen, corresponde a éstos reunidos la parte de su causante (artículos 729, 730, 733) (e); y para fijar la

(1) PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, nn. 217, 218. Cons. acerca del matrimonio putativo y sobre los derechos del cónyuge de buena fe, LOMONACO, en *Diritto e giurispr.*, VI, 157.

(a) [Art. 834 Cód. esp.]

(2) PACIFICI-MAZZONI, *loc. cit.*, nn. 219 y siguientes.

(b) [Cfr. art. 74 Cód. esp.]

(c) [V. arts. 836, 837, 952 y 953 del Cód. esp.

(d) [Cfr. art. 834 Cód. esp.]

(e) [Arts. 924 y sigs. del Cód. esp.]

parte en usufructo del cónyuge, se tiene en cuenta la estirpe entera como si concurriese sólo su causante. Si alguno de los hijos renuncia, se divide el caudal por un número tanto menor (1) como sea el número de renunciantes (artículo 946) (a), y tanto mayor será la cuota que corresponda al cónyuge. Si existe un solo hijo y renuncia a la sucesión, o si renuncian todos los hijos, dejando descendientes legítimos, éstos subentran por derecho propio y se distribuyen el caudal por cabezas, independientemente del número de estirpes (artículo 947) (b); no representan a los renunciantes individuales, pero éstos sirven para fijar la cuantía de la cuota vidual, porque no pueden adquirir todos los herederos juntos más de lo que adquirirían si representasen a sus padres; el efecto retroactivo de la renuncia está limitado por el derecho que adquirió el cónyuge en el momento de la delación de herencia (2). También puede ocurrir que alguno de los renunciantes carezca de descendientes y que, por tanto, el número total de estos últimos que concurra sea inferior al de hijos; en este caso, ¿permanecerá invariable la cuota del cónyuge, o bien se aumentará en razón del número de renunciantes sin descendientes? (3). Acaso sea más lógica la segunda solución; porque si no se ha de contar con los descendientes para señalar la cuota del cónyuge, ésta, en sustancia, está determinada según el número de las estirpes, y no hay razón para contar con las que no concurran al reparto (4).

En el caso de que muerto el otro cónyuge se anule el matrimonio contraído de buena fe por el supérstite, a causa de la existencia

---

(1) BORSARI (§ 1.596) niega la retroactividad de la renuncia en la hipótesis análoga del concurso de hijos legítimos y naturales, y opina que en el momento de la apertura de la sucesión es cuando definitivamente se fija la cuota de cada uno. Ignoro cómo pueda conciliarse esta tesis con lo que prescribe claramente el artículo 945; v. PACIFICI-MAZZONI, I, 160.

(a) [Art. 981 Cód. esp.]

(b) [Creemos aplicable esta doctrina al Derecho español, pues aunque el art. 933 dice que los nietos y demás descendientes heredan por derecho de representación, este derecho no tiene lugar en el caso de renuncia, según se deduce de los arts. 923 y 929.]

(2) Ejemplo: tres hijos renunciantes, cuatro descendientes; el cónyuge tendrá siempre derecho al usufructo de la cuarta parte.

(3) Cuatro hijos que renuncian, tres descendientes; ¿tendrá derecho el cónyuge al usufructo de un quinto o de un cuarto?

(4) PACIFICI-MAZZONI (I, 207) gusta más de la primera solución; y la prefiere únicamente porque «es más equitativa».

de un matrimonio anterior, y pretendan suceder a aquél los cónyuges legítimo y putativo, se ha resuelto que a ambos juntos se les adjudique la cuota completa que correspondería a cada uno si estuviese él solo, cantidad que habrá de repartirse entre ellos por partes iguales (1).

183. Si el cónyuge concurre con descendientes legítimos e hijos naturales, según el artículo 753 tiene derecho al usufructo «de una porción igual a la que corresponda a cada uno de los hijos legítimos». No se repite expresamente la limitación del párrafo primero del artículo, «comprendiendo en el número de hijos también al cónyuge». Pero el sencillo cálculo a que me refiero en la nota siguiente demuestra que, igualando la cuota de usufructo del cónyuge a la cuota de propiedad que corresponde realmente en la partición a los hijos legítimos, superaría en muchos casos a la que correspondiese al cónyuge que concurriera con el mismo número de hijos legítimos, sin participación de los naturales; solución evidentemente inadmisible. La participación, en la herencia, de los hijos naturales debe acarrear siempre una disminución de la cuota del cónyuge; por lo tanto, debe entenderse que el inciso final del párrafo primero del artículo 753 es aplicable a todas las hipótesis que éste regula (2).

---

(1) Porque el causante haya contraído varios matrimonios de buena o de mala fe no pueden ser perjudicados los derechos de los descendientes ni de los demás herederos (PACIFICI-MAZZONI, I, 218). Pero ¿por qué la cuota del primer cónyuge? Cualquier solución que se dé al conflicto es arbitraria; sin embargo, pudiera haberse dicho con certeza que no cabría privar a los descendientes, en beneficio de los cónyuges, de más del usufructo de la cuarta parte.

(2) La cuota que corresponde a los hijos naturales n en concurrencia con los legítimos l, es igual para cada uno a la mitad de la que en el patrimonio P les correspondería si fuesen legítimos (744 pr.). Si fuesen legítimos sería igual al cociente del patrimonio dividido por el número de hijos, comprendido en este número los legítimos y los naturales, esto es, $\frac{P}{l + n}$; como tienen derecho a la mitad, conviene dividir este cociente por 2, y tenemos $\frac{P}{2(l + n)}$. Multiplicando el valor obtenido así por n, nos dará la suma de las cuotas correspondientes a los naturales: $\frac{P}{2(l + n)} n$. A los legítimos corresponde el resto del haber: $P - \frac{P}{2(l + n)} n$. Practicada la sustracción, nos da como suma de la

Si alguno de los hijos legítimos o naturales ha premuerto o es incapaz y tiene descendientes legítimos que lo representen, permanece invariable la cuota del cónyuge; aumenta, si disminuye el número de concurrentes a virtud de renuncia de alguno de ellos; si todos los legítimos, o todos los naturales renuncian, pero quedan descendientes de ellos, reaparece la dificultad de la hipótesis anterior: indudablemente que la cuota del cónyuge no se evalúa con arreglo al número de descendientes de segundo o más grados, pero cabe la duda de si hay que calcularla con arreglo al número de herederos de primer grado que han renunciado, o únicamente con arreglo al número de los renunciantes que dejen descendencia. Se puede oponer a la segunda solución el que conduce a colocar a los descendientes del renunciante en la condición que tendrían si lo representaran; pero esto no choca con texto legal alguno, porque la ley ordena sólo expresamente que los descendientes del renunciante no aleguen entre sí la pertenencia a la estirpe, sino que sucedan por cabezas. La solución opuesta tiene una base arbitraria: ¿por qué ha de fundarse el reparto en la concurrencia de los renunciantes sin descendientes, mientras que si ellos solos renunciaran

---

cuota de los legítimos: $\frac{P(2l+n)}{2(l+n)}$; y como cuota de cada uno de los legítimos $\frac{P(2l+n)}{2l(l+n)}$ (II). Ahora bien, en muchos casos sería superior esta cuota a la que correspondiese en usufructo al cónyuge, si con igual número de hijos legítimos no concurriesen hijos naturales, esto es, $\frac{P}{l+1}$ (I). Sustrayendo esto del término anterior tenemos como residuo un número positivo cuantas veces $2l+n-nl=1$, y cuantas veces $2l+n-nl>1$, esto es, cuantas veces $\frac{2l-1}{l-1}=n$, y tantas otras como $\frac{2l-1}{l-1}>n$. Así, prescindiendo de todos los casos en que sea $l<3$, y, por tanto, la fórmula $\frac{P}{l+1}$ no sea aplicable, tendremos, por ejemplo, cuando concurran seis hijos legítimos, según la fórmula (I) 12/84 y concurriendo con seis hijos legítimos un hijo natural, según la fórmula (II), una cuota mayor, esto es, 13/84. La fórmula general con que en esta hipótesis se fija el usufructo del cónyuge, la obtendremos sustituyendo en la fórmula (II) el número l por el número $l+1$. Habremos, por consiguiente, $\frac{P(2l+2+n)}{2(l+1)(l+1+n)}$, que no es tampoco aplicable, a tenor del párrafo segundo del artículo 753, si da un resultado superior a $^1/_4$.

no se contaría con ellos para nada y su parte acrecería a los herederos? (1).

184. La parte que la ley reserva exclusivamente al cónyuge, si no concurre con ascendientes ni descendientes, consiste en el usufructo de un tercio del haber hereditario, haya legitimarios o concurra sólo con hijos naturales (artículo 814); si lo hace con ascendientes, o con ascendientes e hijos naturales, el usufructo de la cuarta parte (artículo 813); si con hijos legítimos o sus descendientes, en unión de hijos naturales, o sin ellos, el usufructo de una porción igual a la que correspondería a cada uno de los hijos en concepto de legítima si el cónyuge estuviera incluído también en el número de hijos (artículo 812) (2). Esta porción queda invariable, aunque premueran o sean incapaces alguno o todos los hijos y todos dejen descendientes; y lo mismo si todos los hijos renuncian dejando

---

(1) Se discute la cuestión principalmente para fijar la parte de los descendientes de los hijos legítimos frente a los hijos naturales o a sus descendientes. DURANTON (VI, 174), BUNIVA (*Success.*, cap. V) y PACIFICI-MAZZONI, (t. I, núms. 165, 163), reconocen en los descendientes un derecho a recoger la parte del renunciante de quien proceden; pero si este criterio se aplica también en las relaciones entre descendientes de distintos renunciantes, contra lo preceptuado en el artículo 947 viene a reconocerse el derecho de representación para los que renunciaron. Y esto es tanto más extraño, cuanto que PACIFICI-MAZZONI, que toma en consideración la renuncia del que no deja descendencia para aumentar la parte de los hijos naturales, no la toma en consideración para aumentar la del cónyuge. (V. más atrás n. 4, pág. 484). Con arreglo al sistema propuesto aquí, la porción de los renunciantes que dejan descendientes constituye una masa única, que se distribuye entre los descendientes *in capita* y la porción del cónyuge se fija por el número de aquellos renunciantes que dejan descendientes. Así, por ejemplo: dos hijos naturales y cuatro legítimos, el primero de los cuales tiene tres hijos, dos el segundo y uno el tercero, el cuarto no tiene ninguno; renuncian todos los hijos legítimos del causante; los seis descendientes legítimos se contarán por tres legítimos y juntos recibirán (se obtiene inmediatamente este resultado sustituyendo los valores numéricos en las fórmulas de la nota anterior) 8/10 del caudal, y los dos naturales recibirán juntos 2/10, quedándole al cónyuge en usufructo 10/48. Si los hijos no hubiesen renunciado, o todos los renunciantes hubiesen dejado descendencia, recibiría el viudo 12/70 en usufructo. Cons. acerca de otras soluciones que me parecen arbitrarias, MARCADÉ, ad art. 157, I, y autores que cita.

(2) Por lo tanto, el usufructo $\frac{P}{2\,(l+1)}$, que equivale al máximum del usufructo del cuarto si sólo hay un hijo legítimo.

también descendientes; aumenta, en cambio, si renuncia alguno, o, conforme a las reglas expuestas anteriormente, si, renunciando todos, alguno no deja descendencia.

El haber del cónyuge no disminuye la legítima que corresponde a los ascendientes y descendientes, y por lo tanto, constituye una detracción de la parte libre (artículo 818) (a). Los herederos, bien sean forzosos, bien testamentarios, pueden satisfacerle su derecho con asegurarle una renta vitalicia o asignarle los frutos de los bienes inmuebles o capitales de la herencia, que habrán de fijarse de acuerdo con él o eventualmente por la autoridad judicial, tomando en consideración las circunstancias del caso (artículo 819 (b). Y esta misma facultad corresponde en la sucesión intestada a los hijos y descendientes legítimos, frente a los cuales sólo tiene derecho el cónyuge a una cuota en usufructo (1).

185. El cónyuge sucede *ab intestato* en los bienes que al morir deja el otro cónyuge, y la cuota en usufructo o en propiedad que le señala la ley debe fijarse en relación con la cuantía de aquéllos, y no con la de los demás bienes de que haya podido disponer en vida el causante en beneficio de los descendientes legítimos, aun cuando estas disposiciones se hayan hecho con el carácter de anticipos de legítima, y, por consiguiente, tengan la obligación de colacionarlas cuando concurran con otros descendientes en la sucesión. En realidad, la obligación de colacionar es recíproca entre los descendientes coherederos (artículos 1.001, 1.014 pr.) (c), y los demás herederos, los legatarios y los acreedores de la herencia, que no pueden exigirla, tampoco pueden aprovecharse de ella. Del artículo 753 (d) quieren deducir algunos que la cuota correspondiente al cónyuge en usufructo sea igual a la correspondiente en propiedad a los hijos, y que, por lo tanto, si la cuota en propiedad de los hijos se aumenta a causa de la colación, se debe aumentar proporcionalmente la cuota usufructuaria del cónyuge. Pero el

(a) [Cfr. arts. 835 y 839 Cód. esp.]

(b) [Art. 838 Cód. esp.]

(1) PACIFICI-MAZZONI, IV, 36, 37. A causa de esta asignación queda extinguido el usufructo, y si por fuerza mayor pierden total o parcialmente su productividad los bienes hereditarios, el heredero no se libera de pagar la renta ni tiene derecho a disminuirla (Apel. Catania, 4 de Mayo de 1885, *Foro*, 1885, 1, 448; Cas. Nápoles, 9 de Abril de 1889, *Foro*, 1889, 1, 1.130).

(c) [Comp. art. 1.035 Cód. esp.]

(d) [Cfr. art. 834 Cód. esp.]

artículo 753 no establece relación alguna entre la porción en usufructo del cónyuge y la hereditaria que efectivamente corresponde a los hijos; la cuota de éstos se fija dividiendo el caudal por el número de hijos; la que corresponde al cónyuge en usufructo, dividiéndolo por el número de hijos más uno (a), y, además, el principio que determina la forma de hacer la partición es completamente extraño a la determinación del objeto que se ha de dividir; el tal objeto es la herencia, es decir, la masa de bienes existentes en el instante de abrirse la sucesión, cuando se trata de fijar la parte del cónyuge; y cuando se trata de fijar la parte de los hijos, esa misma masa adicionada con los bienes sujetos a colación (1). Por lo demás, como al donar se puede eximir de la obligación de colacionar, puede (artículo 1.014 pr.) imponerse la colación en beneficio de sucesores distintos de los descendientes; y en este caso habrá una donación bajo condición resolutoria que hará ingresar en el patrimonio del donante los bienes donados en el momento mismo en que se transmitan a otro, y, naturalmente, el cónyuge también se beneficia en el reparto de este aumento del patrimonio (2).

(a) [En la doctrina patria es problema discutidísimo el del procedimiento que ha de utilizarse para la determinación de la cuota usufructuaria del viudo cuando concurre éste con varios hijos o descendientes legítimos. Hay autores que aceptan la teoría del divisor *compuesto* (patrocinada aquí por VENEZIAN); pero otros optan por la del divisor *simple* o por la del divisor *variable*, según los distintos casos. Pueden verse sobre esta materia, además de las obras generales, las monografías de LECAROZ, LOZANO SICILIA, LA PLAZA, LA TORRE, GARCÍA LASTRA, MORELL, VALVERDE, MARURI, OTTO ESCUDERO, URIAS y LANGLE.]

(1) Así lo decidieron, aplicando el artículo 959 del Código albertino, los siguientes tribunales: de Cas. de Milán, 5 Julio 1860, *Giurispr. it.*, 1861, 1, 354; Apel. Turín, 1 Julio 1861, *eod.*, 1861, 2, 584; Apel. Casale, 28 Enero 1868, *eod.*, 1868, 2, 44; excluyendo éste, con razón, tanto la colación real, como la ficticia reunión de la dote ya pagada, para fijar la cuota del cónyuge. Resolvieron en sentido contrario el T. de Apel. de Casale, 19 de Abril de 1852, *Bettini*, 1852 2, 392, y el de Apel. de Génova, 11 Diciembre 1857, *eod.*, 1857, 2, 885. Ya rigiendo el Código actual, rechazó resueltamente que el cónyuge pudiera pretender la colación una sentencia notable del T. de Apel. de Lucca, de 14 de Febrero de 1890, *Foro*, 1890, 1, 368. Están conformes: GABBA, nota *ibid.*; E. BIANCHI, *Ann. critico*, 1890, 190.

(2) Es corriente hacer esta imputación sólo al donar, no en testamento: PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, t. VI, n. 44; si habla el artículo 1.014 de disposición contraria del donante o del testador, hay que referirlo a la amplitud que dé el testador a la orden expresa de colacionar los legados (artículo 1.008); así, MELUCCI, *Collazioni e imputazioni*, t. I. nn. 147 y 148.

La imputación en su haber hereditario de las liberalidades que hayan recibido del causante, exigida a los hijos naturales por el artículo 746 (a), difiere, por su fundamento y efectos, de la colación a que vienen obligados entre sí los coherederos descendientes de aquél. Difieren en cuanto al fundamento, porque aquélla no se basa en una igualdad de derechos de los hijos, que pueda modificar sólo la voluntad expresa de los padres, negada como les es esta facultad por el artículo 746; son distintos sus efectos, en cuanto que la colación hace que ingresen en la masa hereditaria todos los bienes donados y los sujeta así a una nueva división; y cuando se hace mediante imputación, se priva al imputante de aquella parte que exceda de su cuota hereditaria en la partición de la herencia, e impide que se acumulen las liberalidades a la cuota de la sucesión legítima, pero no impide necesariamente la conservación de la liberalidad que exceda de esta última cuota. El que no la impida necesariamente aparece ya del significado propio de la palabra imputación, que se aplica, como ahora veremos, para impedir la acumulación de la liberalidad hecha al cónyuge con su porción hereditaria, y de otras aplicaciones, como la imputación sobre la parte libre, prescrita en el artículo 811, y que hemos estudiado poco ha, que prevé el destino que ha de darse precisamente a esa demasía; y de la imputación sobre la legítima prevista en el 1.026, de que nos ocuparemos en el número siguiente, que a su vez presupone que ese excedente se conserve. Debería impedirla siempre si, como se ha afirmado, se aplicara el principio del artículo 746 sólo al caso de concurrir hijos naturales con descendientes y ascendientes legítimos (1); pero si bien es posible que nuestro artículo 746 sea un trasunto del 760 del Código francés, sin haber pensado al hacerlo en el caso de la sucesión conjunta de hijos naturales y cónyuge que el Código francés no admite, no cabe duda, por la letra del artículo y por el lugar en que está colocado (precisamente después del 745, que se ocupa de esta concurrencia) de que no puede dársele tal interpretación restrictiva (2), tanto menos justificada cuanto que se obliga a imputar al cónyuge, aun con respecto al hijo natural, y esta obligación no se explicaría más que siendo recíproca. Concurriendo con descendientes y

(a) [Art. 847 Cód. esp.]

(1) PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, t. I, nn. 168 y siguientes.

(2) RICCI, t. III, n. 55, se expresa de un modo equívoco al hablar de una obligación de colacionar impuesta a los hijos naturales. V. también BREZZO, *La massa ereditaria* (Florencia, 1894), n. 47.

ascendientes, el hijo natural está obligado a restituir el excedente que resulte de las liberalidades recibidas con respecto a su porción legítima, pero no por virtud del artículo 746, sino por los artículos 768 y 1.053, que limitan su capacidad de recibir por testamento o donación (a), con igual resultado que si estuviese obligado a colacionar; en cambio, si concurre con el cónyuge, podrá conservar el exceso. Por consiguiente, cuando el cónyuge sucede juntamente con los hijos naturales, con o sin ascendientes o descendientes legítimos, quedará beneficiado con el aumento del caudal partible; *pero su cuota jamás podrá exceder de la que le correspondería si debieran repartirse únicamente los bienes existentes a la muerte, sin concurrir hijos naturales* (1).

186. Análoga a la imputación obligada para el hijo natural es la del cónyuge, obligada también respecto a todos los que concurren a la distribución del caudal *ab intestato* (artículo 756) (b).

(a) [No existe esta restricción en el Cód. esp.]

(1) La cosa es sencilla si el cónyuge concurre sólo con hijos naturales. De un haber hereditario de 30 corresponden 10 al cónyuge y 20 al hijo natural. Si suponemos recibida por éste una donación de 90, el caudal partible asciende a 120. El hijo imputa la donación en la cuota de 80, pero conserva lo que exceda, y quedan 30 para el cónyuge. Si concurren, en cambio, legítimos, el cónyuge se beneficia de la imputación que realiza el hijo natural, pero no en cuanto produzca los efectos de la colación, y agrega a la masa el excedente eventual de la donación, a beneficio de los herederos legítimos. Así, por ejemplo, si concurren en la sucesión tres descendientes legítimos, uno natural y el cónyuge, y es 100 el caudal partible, aplicando las fórmulas expuestas en la nota 2 de la pág. 485, tendremos: cuota de los legítimos, 29,16; del natural, 12,5; usufructo del cónyuge, 22,5, que proporcionalmente pesará sobre el haber de los legítimos y naturales. Si el hijo natural recibió una donación de 20, será 120 el caudal partible; a los tres legítimos corresponderán 35, y el hijo natural ha de restituir cinco de la donación. En cambio, la porción en usufructo del cónyuge no puede gravar nunca sobre el haber correspondiente al hijo natural cuando este haber sea igual o inferior a la donación que debe quedarle íntegra; y tampoco puede recaer sobre el aumento de cuota de los legítimos obtenido con la imputación en la masa de una parte de la donación del hijo natural, que ellos se reparten entre sí; al contrario, si, según la proporción ordinaria, debiera atribuírsele su haber del caudal de 120, le correspondería el usufructo de 27; aquí hay que prescindir de la concurrencia de naturales y de la imputación, y como se distribuyen 100 entre los legítimos y el cónyuge, tocará a éste el usufructo de 25 y solamente sobre los bienes correspondientes a la cuota de éstos.

(b) [Carece de concordancias en el Cód. esp.]

En tres puntos, sin embargo, difiere de ella: primero, en cuanto no se extiende a todas las liberalidades que le haya hecho el cónyuge premuerto, sino únicamente a los «lucros dotales» y a lo que le corresponda al abrirse la sucesión por virtud de lo pactado en el contrato nupcial (1); segundo, en que no está limitada su capacidad de recibir sino respecto a los hijos del primer lecho, cuando el causante contrajo primeras nupcias; por tanto, no está obligado a imputar en la masa el exceso que arroje la donación sobre la cuota que le corresponde en la sucesión legítima; tercero, porque como la ley no lo impide, puede siempre estar exceptuado de imputar (2). Hay dudas acerca de si para la imputación del hijo natural hay que tomar el valor que los bienes tengan al abrirse la sucesión, como cuando se colaciona a virtud de imputación (artículo 1.017; cons. artículos 1.012, 1.020), o por el valor que tuviesen al ser donados, como sucede en la imputación sobre la legítima (argumento arts. 1.026 y 822). La doctrina dominante resuelve esta cuestión en el primer sentido (3); pero no es aplicable a la imputación del cónyuge que se refiere a derechos de obligación o derechos reales condicionales otorgados a él en el contrato de matrimonio y cuya entidad se mide en el momento de cumplirse la condición.

Ninguna dificultad ofrece realizar la imputación cuando la liberalidad imputable consiste en un usufructo, como es la parte que corresponde al cónyuge en la sucesión. Cuando se le atribuye la propiedad plena, ofrece dificultad la valoración del usufructo al parangonarlo con el valor del dominio pleno; y para esquivar lo aleatorio de esta valoración, proponen algunos que renuncie el cónyuge a tantos años de frutos como sean necesarios para com-

---

(1) La extensión objetiva de la imputación ordenada en el artículo 756 es distinta asimismo de la dispuesta en el 820, aun prescindiendo de las liberalidades testamentarias imputables sólo sobre la legítima. V. n. sig. El artículo 820 comprende también los beneficios concedidos al cónyuge en el contrato nupcial; el artículo 756 se atiene al tiempo en que el cónyuge sucede en los bienes, y se refiere a los bienes dotales y a las donaciones que hayan de surtir efecto desde aquel momento. Cons. BREZZO, *op. cit.*, § 40.

(2) Argumento *a contrario* del artículo 746; ¿por qué está aquí privada de eficacia la dispensa, aun en el caso de que la donación no halle obstáculo jurídico en la capacidad limitada del hijo natural? Probablemente depende de falta de coordinación de la regla que sienta el artículo 760 del Cód. francés con los principios nuevos sobre concurrencia de los hijos naturales con el cónyuge; pero es un precepto legal terminante, que no puede desobedecerse.

(3) DEMOLOMBE, *Success.*, t. I, nn. 96 y 99; MELUCCI, t. I, n. 80.

pensar el valor de la liberalidad (1). Mas este sistema frustraría uno de los principales propósitos de la ley, que, al asignar derechos hereditarios al cónyuge, trata de asegurarle con el usufructo mayores recursos de los que podría obtener con una propiedad de igual valor, y dando facultad a los descendientes legítimos para satisfacer sus derechos con una prestación distinta al usufructo, viene normalmente a procurarle una renta periódica, apta para conservar al cónyuge una posición económica más conforme a la que disfrutaba durante su matrimonio, sin que por ello salgan, necesaria y definitivamente, los bienes del patrimonio familiar. Cierto es que, de todos modos, las liberalidades hechas a su favor de bienes en pleno dominio, las cuales se le obliga a imputar en el valor de su usufructo, acarrean una limitación de éste; pero limitación a que se ha sometido voluntariamente al aceptar la liberalidad; en realidad, tampoco se somete a una restricción del disfrute, sino que lo sacrifica por entero durante cierto tiempo, para descontar, mediante el importe de las rentas, el valor de capitalización de la liberalidad. Por otra parte, no es verdad completamente que este sistema sustraiga al riesgo a los descendientes legítimos; porque la muerte del cónyuge usufructuario antes que se descuente por completo la liberalidad, no por eso deja de incorporarla definitivamente a su patrimonio. Proponen otros que se impute el valor de capitalización de la liberalidad, en vez del valor del usufructo, en el valor de la porción hereditaria sujeta a éste (2). Pero, como con justicia se ha hecho notar, de esta suerte vienen a imputarse los bienes donados en propiedad por el valor que tuviera el usufructo de ellos, no por el valor que tenga su propiedad, y no se impide la acumulación del usufructo de la porción hereditaria con la nuda propiedad de los bienes donados. Si, por ejemplo, tiene el cónyuge el usufructo de 50 y su «lucro dotal» es de 10 en propiedad, imputando 10 en el valor de la cuota hereditaria, quedaría reducida a 40, y con la propiedad del «lucro dotal» vendría a obtener 40 en usufructo y 10 en propiedad, lo cual equivale a 50 en usufructo y 10 en nuda propiedad (3). Por lo demás, la valoración del usufructo expone a riesgos

(1) BUSCEMI, en el *Archivio giuridico*, t. VII, págs. 43 y sigs. Este y los escritores citados en las notas siguientes se ocupan de la imputación sobre la legítima, no sobre la cuota correspondiente al cónyuge en la sucesión legítima. Pero las consideraciones principales que alegan se pueden aplicar a ambos casos.

(2) FILOMUSI-GUELFI, en el *Arch. giurid.*, t. VIII, págs. 217 y sigs.

(3) PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, IV, nn. 78 y 79.

contrarios, que se compensan, por parte del cónyuge y los descendientes, y hemos encontrado ya varios casos en que no se puede prescindir de ella (1).

187. La cuantía del patrimonio sobre el que la ley reserva al viudo su cuota se calcula uniendo a los bienes que deja al morir el otro cónyuge, detraídas que sean de él las deudas (2), el valor de todos los bienes de que haya dispuesto por donación (artículo 822) (a). Pero si se le asegura su porción legitimaria tanto contra las disposiciones de última voluntad como contra las donaciones a descendientes y ascendientes, no puede pretender acumularla con las liberalidades testamentarias ordenadas a su favor ni con los bienes que le correspondan a consecuencia del contrato nupcial, en daño de los herederos testamentarios, de los legatarios y de los donatarios; deben satisfacérsele estas adquisiciones si igualan su legítima, y puede exigir la diferencia si son inferiores a ella, como puede también conservar el exceso si la superan y no se opone a ello el derecho de otros legitimarios o de donatarios anteriores. En el contrato matrimonial o en testamento, y siempre que permanezcan intactos los derechos de los demás legitimarios y donatarios anteriores, y no se infrinja asimismo la ley que incapacita al segundo cónyuge para adquirir más de lo que obtenga el menos favorecido de los hijos del matrimonio precedente (artículo 770), puede el cónyuge difunto dispensarle de la obligación de imputar, en la parte que le corresponda en la sucesión legítima, según ordena el artículo 820; y asimismo, de la obligación de imputar aquellas adquisiciones únicamente derivadas del contrato nupcial (3).

---

(1) En el ejemplo expuesto, suponiendo que el valor del usufructo sea la mitad del dominio pleno, el cónyuge habrá, con la imputación, 10 en propiedad y 30 en usufructo. Si la liberalidad rebasa el valor de su derecho sucesorio, nada puede obtener de los bienes relictos: aplicando el criterio que nos da FILOMUSI, sólo podría realizarse esto cuando la liberalidad exceda del valor de la porción sobre que está asignado el usufructo. El T. de Apel. de Bolonia, 2 de Noviembre de 1883 (*Riv. giur. Bol.*, 1883, 325), para imputar un «lucro dotal» en propiedad a una cuota en usufructo, sigue el sistema de reducir el «lucro» a una equivalente pensión vitalicia.

(2) Después, no antes de la detracción de las deudas, que no estén garantizadas por los bienes enajenados mediante actos *inter vivos* (n. 2 del art. 1.092).

(a) [Art. 818 del Cód. esp.]

(3) V. la nota 2; se aplican igualmente las reglas antes expuestas acerca del modo de realizar la imputación.

El cónyuge está obligado a imputar también, no ya las liberalidades testamentarias solamente y lo que haya recibido a causa del contrato matrimonial, sino todo lo recibido por actos *inter vivos* a título gratuito del cónyuge premuerto, y, por tanto, las donaciones *propter nuptias*, si es que él a su vez pide que se reduzcan las liberalidades hechas a otros, con el fin de asegurar su legítima. En este particular recibe un trato igual al de los demás legitimarios, a todos los que se les prohibe acumular con la legítima las liberalidades hechas a su favor para llevar a la capacidad de disponer del causante una limitación mayor de la que establece la ley (artículo 1.026). Pero la diferencia entre la posición jurídica del cónyuge y la de los demás legitimarios consiste en que éstos no están obligados a imputar en la legítima sino cuando pretendan frustrar o restringir la eficacia de las demás liberalidades, y el cónyuge tiene la obligación de imputar siempre los legados testamentarios y las adquisiciones derivadas del contrato de matrimonio. Esta diferencia no es perceptible si el cónyuge o los demás legitimarios están frente a un donatario o legatario a título particular, los cuales, o retienen o exigen las liberalidades señaladas de un modo absoluto, sin cuidarse de fijar la cuantía de la suma de que el donante o testador podía disponer; con lo cual, los legitimarios tienen que instar la reducción para restringir la eficacia de aquéllas y constreñirlos así a imputar. Cuando se nota es si están frente a un heredero instituído en la parte libre o en una cuota parte de ella, porque en este caso ya no se trata de limitar, sino de señalar la eficacia atribuída por el testador al llamamiento; y los descendientes o ascendientes, como no están obligados a pedir la reducción, se eximen de imputar; obligación que, en cambio, y salvo el caso de expresa dispensa, pesa sobre el cónyuge. Así, pues, si al hijo se donan 10, quedan a la muerte bienes por un valor de 20, y se instituye a un extraño en la parte libre, el hijo no imputará la donación en la legítima, que es de 15, y pretenderá que se le abone ésta con cargo al caudal relicto, del que quedarán únicamente 5 al heredero instituído; si la donación hubiese sido hecha a la mujer en el contrato de matrimonio, tendría ella que contentarse con la cuota de usufructo que le reserva la ley y dejar 20 libres al heredero (1).

(1) No dejo de abrigar dudas acerca de si procede o no la imputación por parte de los legitimarios, cosa que combate vigorosamente MELUCCI, *Collazioni e imputazioni*, t. II, n. 319; también es contrario a ella RICCI, t. IV, n. 120; entre los franceses, aunque no sin vacilaciones, TROPLONG, *Dispositions test.*, n. 190.

En cambio, debe facultarse al cónyuge para acumular las liberalidades testamentarias con la legítima en perjuicio del llamado a suceder por la ley y no por el disponente. Cuando la disposición del causante recae sobre una parte sólo del caudal hereditario, aquella de que no ha dispuesto *se transmite ab intestato* a los sucesores legítimos, sean o no legitimarios. Así como los principios sobre la partición *ab intestato* crean entre los herederos legítimos una relación distinta de la que existe entre sus porciones legitimarias, y en algunos casos reconocen el concurso de los no legitimarios, se necesita siempre fijar la legítima, pero sólo para impedir que la cuantía de ésta sea inferior al mínimo que la ley fija respecto a los beneficiados con donaciones o por el mismo testamento (1). No hay

---

BREZZO (*Massa ereditaria*, § § 51 y 52) rechaza la imputación de las donaciones, no la de los legados. V. también las citas que hace de jurisprudencia. Podría salirse de la dificultad diciendo ser cuestión de interpretación de voluntad; y es cierto que el disponente está en libertad de reconocer o excluir la imputación, y sin dispensarla expresamente, como quiere el artículo 1.026, puede disponer que la imputación se realice en orden a los bienes que existan al abrir la sucesión. Pero ¿qué norma deberá seguirse cuando es incierta esta voluntad? BREZZO insinúa, pero no lo razona, un argumento poderosísimo en contrario, procedente del artículo 820, y encaminado a excluir la imputación por parte del legitimario; ¿qué alcance queda a este artículo, si el 1.026 no subordina por completo la imputación al ejercicio de la acción para reducir?; ¿subsistirá como aplicación de la regla del 1.026? Y entonces, ¿por qué formularla de un modo distinto, tanto respecto a la extensión de la liberalidad imputable, cuanto respecto a los requisitos de la imputación? Lo que me niego a creer resueltamente es que, por no estar repetida la facultad de la dispensa de imputación, sea ésta imposible respecto al cónyuge.

(1) No puede decirse con verdad, como lo hace PACIFICI-MAZZONI (*Success.*, IV, n. 9), que siempre que las disposiciones testamentarias absorban una porción menor que la parte libre, aquella parte de la herencia de que no haya dispuesto el testador se transmite *con arreglo a los principios de la sucesión ab intestato*. Cierto que puede dividirse una cantidad mayor, como lo es la parte que exceda de la libre, aplicando la relación distinta de la sucesión intestada en el mismo número de porciones que la cantidad más pequeña de la porción no libre, de tal suerte que las porciones singulares de la cantidad mayor sean más pequeñas que las porciones singulares de la cantidad más pequeña; y *a fortiori* pueden ser más pequeñas las porciones de la cantidad más grande cuando su número sea superior a aquél en que está dividida la cantidad más pequeña. Así, por ejemplo, si la masa hereditaria asciende a 60 y concurren ascendientes e hijos naturales, la legítima de los ascendientes es 20 (artículo 807); la de los naturales, 15 (artículo 815); disponiendo de una cuarta parte de los bienes, o sea de 15, queda por bajo de la parte libre, que es 25; pero

dificultad en que los legitimarios adquieran como herederos legítimos más de la legítima, siempre que esto no perjudique a los herederos testamentarios; y nada impide que reciban más de la legítima como herederos testamentarios o como legatarios, aun limitando o excluyendo para ello el derecho de los herederos legítimos no legitimarios. La limitación del derecho del cónyuge frente a los sucesores legítimos la señala el artículo 756 en forma no prohibitiva, y no el artículo 820; dicho cónyuge debe imputar en la cuota que le corresponda la liberalidad *inter vivos* y no las testamentarias, en tanto que la imputación de éstas es obligatoria para con los beneficiados por el causante, a fin de que con ella no se frustren o mutilen las disposiciones testamentarias (1).

188. Como hube de demostrar en el capítulo I de este libro, el llamado al usufructo de un patrimonio o de una parte de él carece de la cualidad de heredero; es un sucesor a título particular. Ni hay razón ni posibilidad de diferenciar el llamamiento voluntario del llamamiento legal; porque en el Derecho vigente lo que determina la naturaleza de la relación entre el llamado y el sucesor es el

---

transmitiendo 45, parte de que no se ha dispuesto, según los principios de la sucesión *ab intestato* (artículo 745), habrán los ascendientes 15, y 30 los naturales. La ley asegura, primeramente, la legítima; por lo tanto, los ascendientes deben haber 20 y los naturales 15; en segundo lugar, asegura aquélla las disposiciones testamentarias, que en este caso quedan intactas; y únicamente en tercer lugar el derecho de los sucesores legítimos; y como el reparto, según los principios de la legítima, está por encima de la distribución, conforme a los principios de la sucesión intestada, los ascendientes habrán de haber 20, y nada más que 20, y los naturales 25.

(1) Esta es también la opinión que ha prevalecido en la jurisprudencia; Apel. Macerata, 25 Noviembre 1879, *Giur. it.*, 1879, 2, 376; Cas. Roma, 5 Junio 1880, *eod.*, 1880, 1, 1.118, *Legge*, 1885, 2, 196. V., en este sentido, BREZZO, *op. cit.*, § 42. En contra, LORDI, en el *Archiv. giur.*, t. XXXIX, página 246; y entre las sentencias, Cas. Nápoles, 23 Febrero 1875, *Giur. it.*, 1875, 1, 485; Apel. Nápoles, 3 Julio 1876, *eod.*, 1876, 2, 808. Conforme a otra teoría, que se aleja más aún de la interpretación acertada de los principios sobre la legítima, los derechos del cónyuge deben reducirse a la cuota en usufructo que le reserva la ley, sea testamentaria, o en parte testamentaria y en parte legítima, la sucesión a que concurra; Cas. Turín, 26 Febrero 1875, *Giur. it.*, 1875, 1, 273, que en una excelente nota combate PACIFICI-MAZZONI. En contra, sin embargo, todas las sentencias citadas, y, además, Cas. Nápoles, 21 Diciembre 1877, *Giur. ital.*, 1878, 1, 234; 10 Junio 1879, *eod.*, 1879, 1, 1.118, y 17 Febrero 1891, *Foro calab.*, 1, 162.

contenido, no el título o la forma del llamamiento; y como quiera que tiene carácter necesariamente perpetuo la representación hereditaria, para adquirirla es preciso que se confiera un derecho perpetuo y un derecho fijado exclusivamente con relación a la totalidad del patrimonio; por lo tanto, no puede ser otra cosa que un sucesor a título particular, no heredero, el cónyuge a quien se transmite en la sucesión testamentaria o en la intestada sólo una parte del caudal en usufructo. Los argumentos en contra de esta opinión son principalmente aquellos que combatí al discutir la naturaleza del legado de usufructo universal: el riesgo que corre el titular de éste, a diferencia de los legatarios, por los aumentos y disminuciones de la herencia; y la responsabilidad que le incumbe en el pago de los intereses del pasivo que grava el patrimonio. Pero este riesgo no constituye un carácter específico de la sucesión a título universal, y para el usufructuario depende de ser determinable en relación con la totalidad del patrimonio, no la cuantía de su derecho, sino la cuantía del objeto sobre que éste se extiende; no se le impone aquella responsabilidad, como acontece con los herederos a título universal, frente a los acreedores de la herencia, sino frente a los herederos propietarios.

Menor valor tienen aún los argumentos no principales, sino de segundo orden, que miran, especialmente, a la sucesión del cónyuge: así, por ejemplo, es completamente arbitraria la afirmación de que sólo por el hecho de que la ley les reserve un derecho sobre el as hereditario contra la voluntad del disponente, se dé a los legitimarios el carácter de herederos; entre otros de más importancia, tomemos el ejemplo del Derecho romano, en el cual existían derechos reservados por la ley, que engendraban una sucesión particular, como los del arrogado impúber y el de la viuda pobre (1), y, además, el Código distingue los derechos del cónyuge y los de los hijos naturales en la sucesión testamentaria, de los que corresponden a los descendientes y a los ascendientes legítimos, que son herederos necesarios (l. III, tít. II, cap. II, Sec. IV, §§ 1 y 2), y a los primeros tampoco les da el nombre de legitimarios (art. 820 pr.) (a).

(1) *Quarta divi Pii, quarta uxoria*, v. § 3, I, *De adopt.*, I, 11; ULPIANO, 22, pr. D. *De adopt.*, I, 7; PAULO, 13, pr. D. *Si quid in fr. patr.*, XXXVIII, 5; Nov. 53, c. 6; cfr. WINDSCHEID, § 593, n. 2.

(a) [El Cód. español, en su art. 807, reconoce explícitamente al cónyuge el carácter de heredero forzoso. Apoyados SÁNCHEZ ROMÁN y VALVERDE en dicho artículo, juntamente con el 814, que señala los efectos que produce la preterición del cónyuge, y el 855, que establece las causas de desheredación del

Igualmente resulta arbitraria la afirmación de que es propia del heredero, y no del sucesor a título particular, la obligación de imputar a que sujetan al cónyuge los artículos 756 y 820; la imputación en la sucesión *ab intestato* está encaminada a mantener la proporcionalidad entre los derechos del viudo y la cuota de los demás llamados, en tanto que la colación se dirige a conservar la igualdad entre los coherederos descendientes del causante; la razón de ser de ésta se halla en la existencia de una igualdad; la de aquélla, en una proporción en los derechos de los diferentes llamados, y en manera alguna presupone que el fundamento de los derechos del cónyuge sea una relación de naturaleza igual a la que existe entre el causante y los otros llamados. Y la imputación de la liberalidad sobre la legítima no presupone más que la existencia de tal derecho de legítima, pero no un derecho hereditario.

En cuanto a los argumentos literales sacados de los textos, en el artículo 753 las palabras *herencia* y *porción hereditaria* no se emplean precisamente para designar el derecho del cónyuge, sino el objeto del usufructo vidual; cierto que en el artículo 756 se habla de *porción hereditaria* del cónyuge, y que a los que con él concurren se les designa con las palabras *los otros herederos;* pero, aun cuando estas palabras carezcan de la debida precisión, la ley misma (artículo 827) no le da importancia, y, en parte al menos, están justificadas, porque se aplican también al caso en que el cónyuge adquiere una parte en propiedad del caudal hereditario, y aquí sí es verdaderamente un heredero. La doctrina contraria puede emplear, asimismo, argumentos sacados de los textos, como los deducidos del epígrafe de la sección V del capítulo I, y del párrafo 2.° de la sección IV del capítulo II; también en el artículo 819 están contrapuestos claramente *herederos* y *cónyuge*, y el discernimiento de la cualidad de heredero al cónyuge en la sucesión testamentaria la niega expresamente la Exposición hecha al Senado por PISANELLI (1).

---

mismo, tienen por indudable la cualidad de heredero del cónyuge viudo en nuestro Derecho. DE BUEN, en cambio, piensa que a la cuota vidual no puede dársele el carácter de una institución de heredero; porque el cónyuge viudo no tiene derecho a ser instituído, sino a que se le asegure la cuota señalada, como lo demuestra que su preterición en el testamento no anula la institución, y porque, en realidad, el cónyuge viudo tiene contra los herederos un derecho de crédito, según resulta del art. 838. *(Derecho civil español común.* Oposiciones a la Judicatura, pág. 826).]

(1) Ed. del Código con los trabajos preparatorios, hecha por GIANZANA, t. I, pág. 74.

Aceptando esta conclusión, alguien ha querido limitar las consecuencias inexcusables de la misma, y discurriendo en torno al artículo 820, que atribuye al cónyuge supérstite los mismos derechos y garantías de que disfrutan los legitimarios respecto a la legítima, ha sostenido que el cónyuge está *ope legis* investido de la posesión de su cuota usufructuaria y que no tiene necesidad, como los demás sucesores a título particular, de pedir la *inmissio* a los herederos (1), afirmación fácilmente refutable. El artículo 820 aplica en defensa del cónyuge las normas con que protege los derechos de los legitimarios; pero entre ellas no está la investidura legal de la posesión, aunque sí principalmente la prohibición de gravar y condicionar la legítima y el derecho a pedir la reducción de las disposiciones testamentarias a título gratuito que perjudiquen la legítima. La posesión de los bienes se transfiere de pleno derecho a los legitimarios, por razón del artículo 925; porque son herederos, no porque sean legitimarios. El artículo 820 se refiere igualmente al cónyuye y a los hijos naturales; pero determina de modo expreso el 927 que éstos, cuando concurran con hijos legítimos, deben pedir que se les ponga en posesión; por consiguiente, la transmisión legal de ella no es una consecuencia necesaria de que se equiparen el cónyuge y los hijos naturales con los legitimarios, y si el Código, de un modo explícito, la ha excluído sólo para los hijos naturales, no es, seguramente, porque haya querido favorecer al cónyuge respecto a ellos, sino porque para el cónyuge esta exclusión resulta ya de la naturaleza de su derecho en la sucesión testamentaria, que es el de un sucesor a título particular, y no de un heredero.

189. La refutación de esta teoría, así como de la anterior, que atribuye la cualidad de heredero al cónyuge supérstite, la ha hecho FILOMUSI-GUELFI (2), con su habitual profundidad, y CIMBALI, en la impugnación que ha realizado de ella, no ha conseguido oponer argumento alguno que merezca la pena (3). No me es posible seguir el razonamiento de FILOMUSI-GUELFI, como en la parte crítica, en la reconstructiva de su trabajo, sino que estoy conforme con PACIFICI-MAZZONI, el cual cree que el derecho real de usufructo le está asignado inmediatamente por la ley al cónyuge supérstite, tanto en la sucesión testada como en la intestada (4). La

(1) BUSCEMI, en el *Archivio giurid.*, VII, p. 43.

(2) En el *Archivio giurid.*, t. VIII, pág. 217.

(3) V. más atrás pág. 231, n. 1, y en el *Foro, it.*, 1884, 1, 932.

(4) *Successioni*, t. I, 211, t. IV, nn. 32 y sigs.

ley le reconoce un derecho real, que él adquiere inmediatamente que la sucesión se abre, aun cuando no la posesión de los bienes que constituyen su objeto, como adquiere el legatario su derecho real. FILOMUSI-GUELFI cree, en cambio, que no tiene más que un derecho de crédito para exigir al heredero la prestación del usufructo. Según este sistema, no sería la ley la que constituyese el derecho de usufructo del cónyuge, sino que lo transmitirían los herederos, por un acto *inter vivos*, y a causa de la obligación consignada en la ley. Y esto engendraría, a mi juicio, una consecuencia de que no hace mérito FILOMUSI, o sea que, aun cuando espontáneamente quisieran los herederos abandonar al cónyuge el usufructo de los bienes hereditarios, no por ello quedaría asegurada su adquisición, si el viudo no transcribía el acto o contrato en que lo entregasen en pago de su haber, cuando recayese sobre bienes inmuebles.

FILOMUSI deduce su argumento capital del artículo 819, que, como hubimos de notar, faculta a los herederos para pagar los derechos del cónyuge *(ragioni del coniuge)* con otra prestación; pero aun el mismo nombre parece más apropiado para designar un derecho de obligación que no un derecho real (1), y la facultad de los herederos de satisfacer este derecho con una prestación distinta es incompatible con un derecho real. Inconciliable con esta teoría es el apartado 2.° del artículo 819, en que con claridad se afirma que, «hasta que sea pagado el cónyuge, éste conserva su derecho de usufructo sobre todos los bienes hereditarios» (a). En cambio, no hay dificultad en reconocer que el derecho real que la ley atribuye al cónyuge puede extinguirse por un acto de voluntad de los herederos. El cónyuge dotado de un derecho real de usufructo tiene un derecho de obligación para con los herederos, nacido como el de los legatarios y al mismo tiempo; respecto a ese derecho de obligación, el de usufructo desempeña la función *económica* de una garantía, pero no tiene la estructura *jurídica* de tal derecho de garantía, porque no es por medio de él como el cónyuge obtiene satisfacción, aun cuando su persistencia dependa de que no se le pague con otra prestación de contenido distinto. El cónyuge, como el legatario de usu-

---

(1) Pero véase *ragione propria* en el artículo 728 y *ragioni dei terzi* en el artículo 950.

(a) [El art. 838 del Cód. esp., concordante con el 819 del italiano, habla de la *parte de usufructo* que corresponda al cónyuge y al pago de la cual están afectos los bienes de la herencia.]

fructo universal, podrá, pues, promover la partición de los bienes para que se señale la parte de ellos sobre la que ha de recaer el usufructo y termine la comunidad incidental de goce entre él y los herederos. Estos, por su parte, pueden oponerse ofreciendo asegurarle una renta vitalicia o asignarle una parte de los frutos de los bienes hereditarios, que cabe fijar sin necesidad de dividir y únicamente con valorar el caudal. Pero entre tanto, y haya o no obtenido la posesión el cónyuge, conserva íntegro su derecho de usufructo, que no pueden menoscabar los herederos con enajenaciones o hipotecas, y podrá disponer de él, aun cuando el derecho transmitido quede sujeto a la resolución eventual que pueda sobrevenir al suyo por un hecho del heredero.

FILOMUSI encuentra una semejanza entre el derecho sucesorio del cónyuge y el *jus petendi* que en el Derecho napolitano correspondía a la mujer excluída de la sucesión por los varones para obtener en la de los hermanos o sobrinos una dote, la *dos de paragio*. Según los comentaristas de la Constitución *In aliquibus* de Federico II, citados por el docto escritor, la dicha dote se debía *loco legitimæ*, mas no podía pedirse sino mediante una acción personal, una *condictio* a los herederos legalmente obligados. Pero precisamente en esto está la diferencia radical con el derecho del cónyuge. Yo encuentro resuelto claramente que los bienes paternos no estaban sujetos a un vínculo real, a virtud de la obligación para con la hija que incumbía a los herederos, y que ella no podía ejercitar frente a los terceros adquirentes (1). Y estaría en contradicción completa con el espíritu de la ley acerca de la legítima el admitir que los herederos, con una enajenación de bienes, pudieran frustrar también los derechos del cónyuge.

190. En una notable sentencia del T. de Apel. de Parma se hubo de resolver que era heredero el cónyuge a quien la ley discierne una cuota en usufructo, y por tanto, responsable por su propio derecho ante los acreedores; pero la jurisprudencia raramente ha acogido esta teoría (2). Sin embargo, vigente el Código albertino (3), se re-

(1) DE AFFLICTIS, *Decis. sacri reg. cons. neap.*, d. 162; cons. también la nota de URSILLI a esta resolución.

(2) Apel. Parma, 19 Octubre 1868, *Giur. it.*, XX, 2, 820; Apel. Florencia, 26 Abril 1879, *Foro*, 1879, 1, 622; Pretura de Belvedere Maritima, 11 Febrero 1881, *Gazz. proc.*, XVI, 55; Trib. Avellino, 28 Enero 1888, *Gazz. proc.*, XXII, 1902.

(3) Apel. Génova, 31 Octubre 1860, *Giur. it.*, 1860, 2, 978.

solvió que era heredero el cónyuge supérstite, que en el artículo 959 de aquel Código tenía derecho a una cuota en usufructo en la sucesión intestada, y que a diferencia del nuestro, la perdía al pasar a segundas nupcias; por consiguiente, a tenor del 228 del mismo Código, en aquel caso se le negó el usufructo sobre los bienes adventicios del hijo que concurría con él a la sucesión (cosa que no pierde con el nuevo matrimonio, según el Código vigente, opuesto a aquél también en este particular). De un modo incidental, reconoció también la cualidad de heredero al cónyuge usufructuario el Tribunal de casación de Nápoles (1). Otras sentencias partieron de la misma errónea premisa para resolver que el cónyuge tenía derecho a pedir la división de los bienes hereditarios (2): resolución justa partiendo de la base de que el cónyuge, aun cuando no es heredero, tiene un derecho real; los herederos, sin embargo, pueden impedir la división o extinguir sus efectos prestando aquello a que la ley les autoriza, pero no impedirla sin declarar al mismo tiempo el propósito de usar de tal facultad. Otra sentencia (3) funda en la aludida errónea premisa una resolución igualmente justa; la de que el cónyuge, como está en comunidad de derecho con los demás herederos, a tenor del artículo 1.875, puede pedir el nombramiento de un administrador judicial de la herencia hasta que se haga la división, o sean satisfechos sus derechos. Otras sentencias también reconocen que el derecho del cónyuge es un derecho hereditario (la cual opinión puede entrañar, aunque menos exactamente formulada, la idea de que la misma transmisión de la herencia sea el título para adquirir inmediatamente el derecho real), entendiendo que, para asegurar la legítima del cónyuge, basta la tasación de los bienes y no es necesaria la división (4). Por último, el T. de Apel. de Milán declaró que la asignación de una cuota en usufructo al cónyuge se resuelve en dividir la herencia para deducir que no es admisible la rescisión por error cuando la lesión no exceda de una cuarta parte (5).

(1) Cas. Nápoles, 9 Diciembre 1874, *Giur. it.*, 1875, 2, 310.

(2) Fallo de 20 de Junio de 1876, *Giur. it.*, 1876, 1, 735.

(3) Apel. Lucca, 3 Agosto 1875, *Annali*, 1876, 3, 65.

(4) Apel. Catania, 30 Enero 1882, *Giur., it.*, 1882, 2, 358; 6 Abril 1883, *Foro catan.*, 1883, 116; de estas decisiones, la primera, al menos, es indudablemente justa, porque se trataba en aquel caso de herederos que querían usar del derecho reconocido en el artículo 819.

(5) Fallo de 29 Enero 1884, *Mon. trib. Mil.*, 1884, 841. Se trataba de un error acerca de la cuantía de la cuota de usufructo a que tenía derecho el cónyuge; y es cuestión grave la de determinar si la división es nula o debe rec-

Más numerosas son las sentencias que niegan la cualidad de heredero (1) al cónyuge que sucede en un usufructo; todas deducen correctamente que el cónyuge usufructuario no es responsable con su patrimonio respecto a los acreedores. Muy precisa fué la última, entre otras, de las sentencias citadas, diciendo: que los acreedores carecen de acción contra la viuda, ni siquiera por los intereses de las deudas hereditarias, y sí sólo contra el heredero, aun cuando éste pueda repetir contra la viuda usufructuaria. Otras se fundan en ello para negar al cónyuge supérstite la coposesión de los bienes hereditarios (2). Otras, en cambio, afirman que el cónyuge no puede pedir la partición de los bienes; opinión errónea, como hemos visto, siempre que los herederos no quieran ejercitar el derecho de sustituir el usufructo (3) por otra prestación cualquiera. Por el contrario, una notabilísima sentencia del Tribunal de Apel. de Venecia (4) niega la cualidad de heredero al cónyuge, le atribuye un derecho real de usufructo y lo capacita para pedir la división. El Tribunal de Casación de Roma (5), de la premisa incontrovertible

---

tificarse tal error. (DEMOLOMBE, t. XVII, nn. 406 y sigs.; PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. VI, n. 177); sobre dicha opinión volveré en el último capítulo del l. III, al tratar de la comunidad en el usufructo; es insostenible que la división no pueda impugnarse en razón a que no produce una mayor desigualdad de la que motiva la rescisión. Pero, de todas suertes, la división entre partícipes no coherederos está regulada por las mismas normas de la partición hereditaria (art. 678).

(1) Cas. de Milán (4 de Diciembre de 1861, *Giur. it.*, 1861, 1, 1.033), que casó la sentencia citada en la nota 3 de la página 502; Apel. Casale (28 Enero 1868, *eod.*, 1868, 2, 44), que sólo incidentalmente sostuvo esta opinión; Apel. Nápoles, 7 Febrero 1870, *eod.*, 1870, 2, 74; 30 Abril 1875, *eod.*, 1876, 2, 88; Apel. Mesina, 18 Marzo 1875, *Legge*, XV, 1, 334; Cas. Florencia, 9 Diciembre 1879, *Annali*, 1881, 1, 61; Apel. Casale, 31 Marzo 1881, *eod.*, 2, 269; Pretura Ugento, 28 Junio 1881, *Mon. pret.*, 1882, 71; Apel. Casale, 3 Diciembre 1881, *Giur. cas.*, 1882, 76; Cas. Nápoles, 6 Mayo 1885, *Gazz. proc.*, XX, 152; Apel. Génova, 28 Febrero 1890, *Massime*, 1890, 381; Cas. Turín, 11 Septiembre 1890, *Legge*, 1890, 2, 656.

(2) Apel. Génova, 12 Marzo 1880, *Giur. ital.*, 1880, 2, 825; Cas. Turín, 11 Noviembre 1882, *Annali*, 1883, 1, 44; añadiendo esta última que el cónyuge no tiene derecho a elegir entre el producto de los bienes y el importe del precio y no puede pedir la venta para obtener una renta posible mayor.

(3) Trib. Salerno, 31 Julio 1877, *Gazz. proc.*, XII, 382; Apel. Trani, 15 Febrero 1883, *Riv. giur. Trani*, 1883, 293.

(4) Fallo de 14 Junio 1881, *Foro*, 1881, 1, 757.

(5) Fallo de 1.° Julio 1884, *Legge*, 1884, 2, 400.

de que es una legítima la cuota de usufructo del cónyuge o está por lo menos asimilada a ella, deduce demasiado absolutamente que sólo con la partición se extingue la consiguiente comunidad de derecho con los demás herederos. Aplican correctamente el carácter real del derecho del cónyuge los Tribunales de Apel. de Catanzaro (1) y Lucca (2), aun negándole, sin embargo, la cualidad de sucesor universal, para autorizarle a pedir el secuestro judicial de los bienes relictos; y el Trib. de Roma (3), para impedir que los herederos puedan vender libremente los bienes hasta que no sean satisfechos los derechos del cónyuge. El Trib. de Apel. de Catanzaro (4), en cambio, asignó al derecho del cónyuge el carácter de derecho de obligación personal contra el heredero, y por tanto, negó eficacia a las hipotecas que pudiera haberse constituído en su perjuicio sobre los bienes hereditarios; en tanto que si está investido de un derecho de usufructo resoluble, cuando los herederos quieran constituir a su favor una renta, aun cuando sujetas a la misma eventualidad de resolución (artículo 1.976), las hipotecas sobre el usufructo quedan constituídas válidamente. Recuerdo, por último, la sentencia del Tribunal de Casación de Turín (5), que anuló la del de Apel. de Milán, citada más arriba, rechazando terminantemente la tesis de que sea heredero el cónyuge usufructuario; y la excelente sentencia del Tribunal de Apel. de Brescia (6), que en trámite de *rinvio* (a) siguió el criterio del fallo dictado en Casación, señalando además que, ni aun atribuyendo el carácter de partición hereditaria a la asignación del usufructo, podría negarse la anulabilidad, o por lo menos la rectificación, de la división fundada en un error de derecho

(1) Fallo de 2 Octubre 1871, *Gazz. gen.*, XXIV, 1, 55.

(2) Fallo de 22 Julio 1876, *Giur. it.*, 1876, 2, 940.

(3) Fallo de 14 Mayo 1883, *Temi romana*, 1884, 191.

(4) Fallo de 4 Diciembre 1890, *Gazz. proc.*, XXIV, 31.

(5) Fallo de 10 Septiembre 1884, *Foro*, 1884, 1, 932.

(6) Fallo de 22 Octubre 1884, *Foro*, 1884, 1, 1870.

(a) [El trámite de *rinvio*, que no tiene análogo en nuestro procedimiento de casación, se corresponde con el *renvoi* francés; como es sabido, nuestro Tribunal Supremo no se limita a casar la sentencia dictada por el inferior, sino que a su vez, y aunque no se publique, pronuncia otro fallo resolviendo en definitiva el fondo del asunto. En otros sistemas, el Tribunal de Casación anula o revoca el fallo recurrido, pero *reenvía, remite* de nuevo el pleito, a Tribunal inferior para que vuelva a estudiarse el fondo y se dicte la correspondiente decisión.] *(N. del T.)*

sobre la cuantía de la porción correspondiente al cónyuge (1) (a).

El cónyuge está obligado a satisfacer como legado el impues-

(1) Compárense también las sentencias citadas en los números 92 y 93, a las que hay que agregar: Apel. Turín, 9 de Abril de 1875, *Legge*, 1875, 1, 622; Cas. Turín, 28 Junio, 1882, *Legge*, 1883, 1, 432; Cas. Nápoles, 24 Febrero 1885, *Diritto e Giurispr.*, 1, 139, que afirman no ser heredero el usufructuario de una herencia entera; y una antigua sentencia del T. de Casación de Turín (22 de Mayo de 1855, *Bettini*, 1855, 1, 434) que, por el contrario, le reconoce carácter de legatario universal, y que está obligado personalmente a pagar los intereses de las deudas, sin que pueda eximirse de ello abandonando el usufructo. Que el cónyuge usufructuario no es heredero, lo sostienen: BORSARI, §§ 1747 y 1748, BUNIVA, *Success.*, pág. 224; FULCI, *Success.*, págs. 76 y 138; PAOLI, *Success. testam.*, pág. 199; CHIRONI defiende esta tesis en una nota muy completa, en la *Riv. ital. per le Scienze giurid.*, II, 285, y también la apoyan en multitud de artículos, entre los cuales recuerdo: ANDREUCCI, en la *Gazz. trib. nap.*, 17 Marzo 1873; NAPOLETANI, *eod.*, 29 Septiembre 1873; FRUGONI, en el *Arch. giur.*, VIII, 217; MIRAGLIA, en la *Gazz. proc.*, 11, nn. 4 y 5; FERRUCCI, en *Foro it.*, 1879, 1, 622; BOLAFFIO, *eod.*, 1881, 1, 757. Opinan en contra: RICCI (t. III, nn. 72 y 272); siendo la defensa mejor de la tesis opuesta la de CIMBALI, a quien siguen SCARLATA PREVITERA, *La quota legit. del con. sup.*, pág. 78; BASSO, en *Gazz. proc.*, VI, 5; DI LORENZO, *eod.*, VIII, 350; VIZZINI, en *Gazz. trib. nap.*, 1.° Febrero 1873; SCANDIANI en *Archiv. giur.*, VI, 422, etc., etc.

(a) [También en el Derecho español se ha mostrado algo contradictoria la jurisprudencia ante el problema de la naturaleza de la legítima vidual. De una parte, las sentencias de 8 Febrero 1892 y 13 Junio 1898 niegan al cónyuge el derecho de ser contador partidor en la herencia de su consorte, en méritos de su condición de heredero, que le asigna el artículo 807 del C. c.; y las resoluciones de la Dirección General de 14 Marzo 1903, 30 Abril 1906 y 6 Noviembre 1912 reconocen el derecho del viudo a intervenir en las operaciones de la testamentaría del premuerto y consideran un vicio esencial de la partición el prescindir del viudo superviviente. También la sentencia de 28 Marzo 1924 reconoce al cónyuge viudo la condición de heredero forzoso y su derecho a promover la partición de la herencia y a concurrir al otorgamiento de la escritura; y la de 24 Febrero 1926 le reconoce la condición de heredero a los efectos de poder ser parte en un juicio de desahucio. Pero de otro lado, y en cuanto al punto de vista más fundamental de la responsabilidad por las deudas hereditarias, el T. S. tiene declarado con reiteración (sentencias de 26 Octubre 1904, 4 Julio 1906, 25 Enero 1911 y 10 Enero 1920), que el viudo, como mero usufructuario, no tiene el carácter de heredero para el efecto de poder ser demandado por razón de deudas existentes contra la herencia, pues la obligación de pagar éstas incumbe sólo a los herederos universales o que suceden en todos los derechos y obligaciones del causante, no a los llamados singularmente al disfrute temporal de una porción hereditaria, que tienen el carácter de simples acreedores.]

to (1) de la parte que le corresponda, tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria (a).

Entre las cuestiones de Derecho transitorio que ha suscitado la sucesión del cónyuge, me interesa notar la de su eficacia respecto a la condición de caducidad del usufructo en caso de contraer el mismo segundas nupcias, preceptuado en algunas leyes anteriores. Con razón se ha resuelto que los derechos sucesorios del cónyuge se fijan por la ley vigente al tiempo en que se abra la sucesión (2). En este momento es cuando los herederos adquieren el derecho a pedir la caducidad, y este derecho no se les arrebata porque la nueva ley no se ocupe de tal caso de extinción (3).

---

(1) CLEMENTINI, *Tasse di registro*, t. I, pág. 566.

(a) [V. los tipos de la cuota vidual en Derecho español en la tarifa para la exacción del impuesto de derechos reales que acompaña al texto refundido de 28 Febrero 1927, n. 31.]

(2) Cas. de Nápoles, 10 Julio 1877, *Annali*, 1877, 1, 403.

(3) Cas. de Turín, 13 Junio 1877, *Giur. it.*, 1878, 1, 44; Apel. Ancona, 25 Mayo 1878, *eod.*, 1878, 2, 475.

CAPÍTULO V

EL USUFRUCTO SOBRE BIENES DE FIDEICOMISOS ABOLIDOS

SUMARIO: 191. Carácter general de las leyes que abolieron los fideicomisos. - 192. Requisitos para la atribución del derecho de propiedad al primer llamado y para la del derecho de usufructo a los poseedores del fideicomiso. Derechos de los sucesores inmediatos condicionales. - 193. Eficacia de las disposiciones testamentarias consignadas en previsión de que fueran abolidos los fideicomisos. Naturaleza del vínculo creado por la ley entre los poseedores y los sucesores inmediatos.

191. Los fines sociales y económicos que se proponían las leyes que prohibieron el derecho a erigir sustituciones fideicomisarias no hubieran podido conseguirse si al mismo tiempo no hubiesen ordenado lo conveniente para liquidar el pasado (1) y prever lo relativo a la disolución de los vínculos con que estaba aherrojada la libre disposición y transmisión de los bienes. Un cambio legislativo que subvertía el fundamento del derecho sucesorio no podía respetar los derechos adquiridos — que no eran sólo los de los llamados a recibir de los poseedores la restitución de los bienes (2), sino tam-

---

(1) En las leyes que prohiben la constitución de fideicomisos no está comprendida implícitamente la abolición de los existentes. Lo afirma GABBA, *Retroattiv. delle leggi*, t. III, pág. 387. Lo niegan, entre otras sentencias, la del T. de Apel. de Casale, 13 Abril 1885, *Giur. cas.*, 1885, 168; Cas. Turín, 31 de Diciembre de 1886, *Giur. it.*, 1887, 1, 415, al resolver que en el Piamonte no abolió los fideicomisos el artículo 879 del Código albertino, sino la ley de 18 de Febrero de 1851.

(2) De los llamados que hubieran nacido o estuviesen concebidos antes de entrar en vigor las leyes abolicionistas, y de los hijos también de personas determinadas no concebidos aún en aquel momento; porque cuando las leyes anteriores reconocían la atribución inmediata de derechos a personas futuras, éstas podían adquirir el derecho mediato, esto es, el derecho a la restitución del fideicomiso. V. más atrás, pág. 365.

bién los de los poseedores que los transmitían conforme al orden establecido por el autor del fideicomiso (1) — ni aplazar por tiempo indefinido los beneficios esperados ni crear el contraste rudo que supondría la coexistencia de bienes vinculados junto a bienes que no podían serlo. Pero ya el cuánto de los derechos adquiridos que había que aniquilar, como la parte en que habría de sustituir al título concedido en testamento el título reconocido por la ley a la transmisión de los bienes fideicomisarios, lo decidieron con criterios distintos las diferentes leyes abolicionistas. Unas sacrificaron la inmediata consecución de los resultados que la abolición debía dar y dejaron en vigor las sustituciones dispuestas a favor de los nacidos y de los concebidos en el instante en que adquiría la ley carácter obligatorio (2); otras, por el contrario, privaron de eficacia a todo llamamiento no realizado hasta entonces, consolidando y desvinculando la propiedad del poseedor de los bienes a la sazón, o el derecho de obtenerlos para sí en aquel momento (3).

Ninguno de estos sistemas fué adoptado por las leyes italianas (4), dirigidas todas a conseguir inmediatamente la disolución de los vínculos y el sometimiento de los bienes al régimen nuevo que instauraban; pues al propio tiempo que a los derechos del poseedor actual, atendieron a los derechos del primero de los llamados a sucederle, nacido o concebido en el momento de la abolición. Para conciliar estos objetivos privaron a los subsiguientemente llamados del derecho a suceder a los poseedores del fideicomiso, compensándoles con atribuir a los primeros la propiedad de la mitad

(1) Al menos para los fideicomisos temporales, porque en modo alguno puede considerarse adquirido el derecho a la transmisión perpetua. V. GABBA, *op. cit.*, t. I, págs. 338 y sigs.; t. III, pág. 389.

(2) Decreto Westfálico de 9 de Enero de 1808; Decreto para las provincias hanseáticas de 5 de Julio de 1801; ley holandesa transitoria de 1.° de Octubre de 1833, citados por GABBA, *op. cit.*, t, III. pág. 391.

(3) Leyes francesas de 25 de Octubre y 14 Noviembre 1792. V. MERLIN, *Rép.*, v. *Substit. fideic.*, t. I, § 13.

(4) Ley sarda de 18 de Febrero de 1851; Decreto Farini de 9 de Noviembre de 1859, aplicable a las provincias de Módena y Parma; de 9 de Marzo de 1860, para la Emilia y Romaña; Decreto Valerio de 18 de Octubre de 1860, para las Marcas; Decreto Pepoli de 21 de Octubre de 1860, para la Umbría; Real decreto de 30 de Noviembre de 1865, aprobatorio de las disposiciones transitorias para la implantación del Cód. civ. (art. 24); R. decreto de 25 de Junio de 1871 promulgando las disposiciones transitorias en las provincias vénetas y en Mantua (art. 20); ley de 28 de Junio de 1871 para la abolición de los fideicomisos en la provincia de Roma (art. 1).

de los bienes gravados; y esta mitad de que se privaba a los poseedores les fué compensada liberándoles de la vinculación sobre la otra mitad y con la reserva que se les dió del usufructo sobre los bienes discernidos en propiedad a los tras ellos llamados. Y así, por efecto inmediato de las leyes abolicionistas, se extinguió la inmovilización de los bienes y su sujeción a una propiedad resoluble, sustituyéndose el vínculo entre fiduciario y fideicomisario por la relación entre usufructuario y propietario. Aseguraron a los poseedores, con la reserva del usufructo, una posición económica análoga a la de que gozaban en virtud del título testamentario; más grave fué el cambio de posición de los primeros llamados, porque hubieron de perder el derecho a una mitad de los bienes; pero en compensación adquirieron inmediatamente la nuda propiedad de la otra, purificándose por obra de la ley la condición de premoriencia del poseedor, a que, generalmente (1), estaba subordinado su derecho (a).

192. *La existencia de un derecho de los sucesores inmediatos* está subordinada a la existencia del derecho del poseedor. No hay necesidad de decir que faltan ambos cuando, según las leyes anteriores, es ineficaz o nulo el fideicomiso (2); por el contrario, debemos advertir que las leyes abolicionistas no tomaron en consideración los derechos derivados de un fideicomiso ordenado válidamente, pero no abierto al entrar ellas en vigor; y esto ocurre si la institución está subordinada a una condición que pende en aquel momento, y también si en la sucesión fideicomisaria abierta ya hubo interrupción y en aquel instante no hay nadie investido de un derecho actual sobre los bienes que la constituyen. En estos casos se transmiten los bienes del fideicomiso a los sucesores legítimos del funda-

---

(1) No *absolutamente*, como suele afirmarse, sin tener en cuenta las leyes que consienten el ordenamiento de la sustitución fideicomisaria con transmisibilidad por herencia del derecho a la restitución. V. más atrás págs. 282-283.

(a) [En España la ley desvinculadora de 11 Octubre 1820, restablecida en 30 de Agosto de 1836, utilizó la institución de la reserva más bien que la de un propio usufructo para conciliar las exigencias de la abolición de los vínculos y fideicomisos con el respeto a la expectativa adquirida por los sucesores. Según su artículo 2.°, los poseedores legítimos podían, desde luego, disponer de la mitad de los bienes, pero la otra mitad debía ser reservada para el sucesor inmediato.]

(2) Apel. Catanzaro, 13 Enero 1879, *Foro calabr.*, I, 183; Apel. Catania, 30 Junio 1880, *Giur. cat.*, 1880, 146.

dor, conforme al orden señalado por la ley de la época en que hubo de constituirse el fideicomiso (1). En cambio, es indiferente que el derecho actual vaya o no acompañado de ejercicio efectivo, y se considera poseedores del fideicomiso aun a los que no posean los bienes, pero tengan derecho ya en aquel momento a reivindicarlos; asimismo, si se hubiese cedido a un sustituto, más o menos remoto, la posesión, con pacto de dividir las rentas y conservar él el dominio, sería él el poseedor de derecho, aun cuando no lo fuese de hecho, y habría que reputar primer llamado al que le sucede inmediatamente (2). Si ante un fideicomiso electivo el poseedor ha trasmitido el dominio a su sucesor mediante un acto *inter vivos*, se ha reservado el usufructo y viven ambos al publicarse las leyes abolicionistas, hay que reputar poseedor al propietario, no al usufructuario, a los efectos legales y para la determinación ulterior de «primer llamado», aun cuando en virtud de aquel pacto carezca del usufructo que le otorgan las leyes abolicionistas (3).

La extensión del derecho del poseedor está a su vez subordinada a la existencia de un derecho en los primeramente llamados o sucesores inmediatos (4). Si hay un primer llamado nacido ya o concebido (5), el poseedor se convierte en usufructuario de la mitad de los bienes gravados; si falta el primer llamado, aquél los adquiere todos en propiedad libre y plena.

Se debatió mucho la cuestión de si las leyes que abolieron los fideicomisos consideraban eficaces las sustituciones condicionales, y contradice el espíritu de esas leyes, que quisieron disolver los vínculos fideicomisarios desde el momento mismo de su vigencia (6), la

(1) Apel. Brescia, 15 Noviembre 1869, *Giur. it.*, 1869, 2, 804; Cas. Florencia, 28 Abril 1874, *eod.*, 1, 338; Cas. Turín, 17 Febrero 1874, *Annali*, 1875, 1, 102; Cas. Florencia, 17 Diciembre 1877, *eod.*, 1878, 1, 7; Cas. Florencia, 24 Abril 1879, *Legge*, 1880, 1, 164; Cas. Roma, 18 Febrero 1880, *eod.*, 1881, 1, 513; Apel. Palermo, 28 Agosto 1886, *Circ. giur.*, 1887, 56.

(2) Apel. Roma, 14 Diciembre 1891, *Giur. it.*, 1892, 2, 39.

(3) Cas. Roma, 7 Diciembre 1881, *Foro*, 1881, 1, 1.044.

(4) Cas. Roma, 2 Abril 1880, *Legge*, 1881, 1, 760.

(5) Con el carácter de primer llamado puede también limitar el derecho del poseedor la persona jurídica o cuerpo moral reconocido por la ley (Tribunal de Pesaro, 14 Febrero 1881, *Legge*, 1881, 1, 418).

(6) Esta doctrina es la que acogió el T. de Cas. de Turín (30 de Diciembre de 1864, *Annali*, 1868, I, 93, en nota), pero no ha tenido continuadores, pues no puede decirse que se relacione con ella la sentencia del T. de Apel. de Brescia de 13 de Febrero de 1884 *(Mon. trib. Mil.*, 1884, 573), que declara en

opinión de que hay que esperar a que se resuelva la condición pendiente, al promulgarse la ley, para decidir si tienen o no derecho los sustitutos a la mitad de la nuda propiedad. Según una doctrina opuesta, las leyes desvinculadoras impiden que se cumpla la condición a que la sustitución está subordinada; extinguen ésta y privan de existencia a todo derecho que pueda limitar el del poseedor (1). Pero esta doctrina no puede fundarse con mayor solidez en preceptos de las leyes desvinculadoras; pues una vez así, admitido el procedimiento equitativo de dar eficacia a la sustitución condicionada a la premoriencia del instituído y dándole efectividad inmediata y positiva para no retrasar la disolución del vínculo fideicomisario, se posibilitaba lógicamente dar igual eficacia, cierta y actual, a la sustitución subordinada a otra condición. Para discernir sobre el valor diverso que tienen los derechos condicionales de los primeros sustitutos y la posibilidad distinta de realizarse, hubiera sido necesaria una declaración legislativa explícita que no existe en ninguna de las leyes citadas, salvo en el Decreto Pepoli (2).

El caso que con más frecuencia originó contiendas judiciales fué el de la sustitución subordinada a la premoriencia, sin hijos, del instituído. Y hay una larga serie de sentencias declaratorias de que si el poseedor del fideicomiso carece de hijos al entrar en vigor las leyes desvinculadoras, se debe reconocer el derecho del sustituto, como si hubiese muerto el poseedor en el momento mencionado; y dando al caso la eficacia que quiere la ley, reducir el derecho del poseedor a un mero usufructo respecto a una mitad de los bienes (3). Además, algunas de estas sentencias han declarado que

---

suspenso hasta la muerte del instituído la decisión sobre el evento de la sustitución condicionada a la muerte del instituído que no tiene hijos; pero lo hace partiendo de la errónea premisa de que ésta no es una sustitución fideicomisaria, y que, realizándose la condición, la institución se resuelve; sobre esta tesis véase más atrás págs. 317 y ss.

(1) Esta teoría la siguió el T. de Bolonia, 7 Marzo 1862, *Annali*, 1868, 1, 93, en nota; y el de Apel. de Brescia, 10 Diciembre 1867, *Giur. it.*, 1867, 2, 732; Cas. Turín, 28 Julio 1875, *eod.*, 1875, 1, 951; Apel. Venecia, 1.° Febrero 1879, 1.° Julio 1879, *Temi ven.*, 1879, 200, 384. Compárense también (en los considerandos) Apel. Brescia, 27 Enero 1877, *Giur. it.*, 1877, 2, 434, y Apel. Palermo, 28 Diciembre 1869 (cit. pág. 360, nota 1).

(2) V. más adelante pág. 514.

(3) Apel. Casale, 18 Marzo 1860, *Giur. it.*, 1860, 2, 641; Cas. Milán, 29 Enero 1862, *eod.*, 1862, 1, 184; Apel. Bolonia, 4 Febrero 1862, *Annali*, 1868, 1, 93 en nota; Cas. Turín, 24 Enero 1868, *eodem;* Cas. Turín, 9 Diciembre

la condición de premoriencia sin hijos del instituído debe darse por cumplida, puesto que es una condición intrínseca de la sustitución, en tanto que el estar pendiente de una distinta condición, de una condición extrínseca, estorbaría la eficacia de la sustitución (1). Esta diferencia está menos justificada respecto a las leyes desvinculadoras que la sentada por la doctrina anterior entre «sustituciones subordinadas a la condición de premoriencia del instituído» y «subordinadas a una distinta condición». Según GABBA (2), no hay, fuera de la premoriencia, condición que pueda llamarse intrínseca de la sustitución; creo que puede irse más lejos aún y negar tal carácter de condición intrínseca incluso a la de premoriencia, de la que todas las legislaciones hacen depender la eficacia de la sustitución fideicomisaria (3). Así, un llamamiento subordinado a la elección que hiciera el instituído entre los individuos de una familia o de una línea, no atribuiría derecho que mereciera menor consideración por parte de las leyes desvinculadoras que un llamamiento subordinado a la extinción de una línea, ya que la jurisprudencia acerca de los fideicomisos lo aseguraba admitiendo la concurrencia de todos cuando no se hubiese hecho elección (4). Una desviación nueva de

---

1868, *eod.*, 1868, 1, 317; Apel. Roma, 9 Julio 1873, *eod.*, 1873, 2, 449; Cas. Florencia, 28 Diciembre 1877, *Giur. it.*, 1878, 1, 333; Apel. Brescia, 14 Julio 1878, *Annali*, 1878, 2, 401; Cas. Florencia, 13 Junio 1879, *eod.*, 1879, 1, 301; 26 Diciembre 1879, *Foro*, 1880, 1, 186; Apel. Venecia, 25 Octubre 1881, *Temi ven.*, 1881, 558; estas dos últimas formulan, aunque inexactamente, una resolución justa: la de que el sustituto viene a ser primer llamado, pues se tiene por incumplida la condición de premoriencia del instituído sin prole; con ello se quiere dar por frustrada la sustitución de los hijos, cuando la condición estaba puesta, en realidad, a la sustitución del tercero; Apel. Roma, 9 de Junio de 1881, *Temi rom.*, 1881, 348; 5 de Agosto de 1882, *eod.*, 1882, 547; Apel. Milán, 22 de Julio de 1884, *Mon. trib. Mil.*, 1884, 748.

(1) Así, Cas. Turín, 24 de Enero de 1868 (citada en la nota anterior). La distinción la defiende PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, t. III, nn. 230 y siguientes.

(2) Que ha defendido vigorosamente la purificación de las condiciones en virtud de las leyes desvinculadoras, en la *Giur. it.*, 1874, 4, 101; 1876, 4, 6; en el *Foro*, 1882, 1, 405. Cons. CUTURI, *Fedecommessi e sostituzioni*, p. I, c. II.

(3) V. más atrás, n. 1, pág. 510.

(4) Explícitamente afirman que todas las condiciones pendientes en el instante de la abolición quedan purificadas: Apel. Bolonia, 4 Febrero 1862 (citada not. 3, pág. prec.); Cas. Turín, 13 Julio 1878, *Annali*, 1878, 1, 443; 2 Diciembre 1881, *Foro*, 1882, 1, 405; Trib. de Pesaro, 14 Febrero 1881, *Legge*, 1881, 1, 418; Trib. Bolonia, 5 Mayo 1883, *Riv. giur. bol.*, 1883, 322; Cas. Roma, 14 Febrero 1890, *Legge*, 1890, 1, 578.

esta teoría consiste en declarar que, por virtud de las leyes abolicionistas, la sustitución se ha hecho independiente de la condición, en vez de reconocer, en virtud de dichas leyes, la purificación de las sustituciones condicionadas, y que, por tanto, sea tan eficaz como la sustitución subordinada a una condición pendiente en el momento de la abolición, la sustitución subordinada a una condición virtualmente incumplida, como la de premoriencia del instituído sin hijos, teniéndolos (1). Esto me parece un error: me explico cómo y por qué, habiendo en cuenta el estado de hecho del momento en que adquiere autoridad, pueda la ley dar por cierto un derecho que es incierto; pero no cómo pueda conceder un derecho al que, tomando en consideración el aludido estado de hecho, lo ha perdido.

Una de las leyes abolicionistas, el Decreto Pepoli, limita expresamente la atribución de la propiedad a los llamados en forma pura, y respecto a los llamados bajo condición, confiere la propiedad, en vez del usufructo de todos los bienes, a los poseedores del fideicomiso. Algunas sentencias se atuvieron a la interpretación literal, cosa que conduce a una solución opuesta totalmente a la que debe triunfar bajo el imperio de las otras leyes (2). Algunas más recientes (3) hicieron una distinción, según la cual no todas las condiciones pendientes eran obstáculo al derecho de los sustitutos, sino sólo aquellas que hacían posible la alternativa de resolverse o no antes de la publicación de la ley y viviendo el actual poseedor. Creo que estas decisiones contradicen el espíritu y la letra del Decreto, que no impide adquirir cuando dependiese de una condición «que hubiera podido purificarse», sino de «cualquier condición no purificada».

193. Al negar carácter de leyes de orden público a las que repartieron los bienes de los fideicomisos (abolidos), entre los poseedores actuales y los llamados primeramente o sucesores inmediatos, afirman algunos que deben prevalecer sobre lo dispuesto en dichas leyes lo que los fundadores hubiesen ordenado previendo tal

(1) Cas. Turín, 30 Enero 1884, *Mon. trib. Mil.*, 1884, 555; 18 de Marzo 1886, *Foro*, 1886, 1, 473.

(2) Apel. Roma, 30 Julio 1884, *Temi rom.*, 1884, 310; Cas. Roma, 22 Mayo 1888, *Legge*, 1888, 2, 73.

(3) Apel. Roma, 31 Diciembre 1888, *Temi rom.*, 1889, 169; Cas. Roma (Pleno), 8 Abril 1890, 1, 458.

abolición (1). No se quiso ni se pudo pensar en dar eficacia a una transmisión que el poseedor en el instante de la abolición tuviera que ejecutar por orden recibida, ni que se diera a los bienes un destino cualquiera, por el cual aquél quedase privado de su propiedad; es evidente que de esta suerte se hubiera frustrado el propósito de las leyes desvinculadoras y se hubiera mantenido la autoridad de las disposiciones de los fundadores sobre el destino de los bienes adquiridos por el poseedor. Así, pues, sólo deberán de respetarse las disposiciones fundacionales que aseguraran al investido el pleno dominio en el momento de la abolición, privando de derechos a los llamados ulteriormente. Y como quiera que las leyes prohibitivas reconocen el derecho de propiedad de los investidos y no les privan de la mitad de la nuda propiedad, sino que, transformando los efectos de la sustitución, permiten que los derechos de los sucesores llamados limiten el de los poseedores actuales, paréceme justo que el llamamiento sucesivo, en las condiciones permitidas por la ley, deba ser considerado como un llamamiento sujeto a una condición que no puede cumplirse a causa de las leyes desvinculadoras; al reducir al poseedor, en este caso y respecto a una mitad de los bienes, al usufructo, tendríamos una asignación legal de propiedad a los no llamados (2).

El proyecto Mancini, que sirvió de base al artículo 24 de las disposiciones transitorias, declaraba expresamente que respecto a la mitad de los bienes se aplicasen a las relaciones entre los poseedores y los primeramente llamados las reglas del Código respecto a propietarios y usufructuarios. En la Comisión de Estilo, Precerutti propuso que fuese suprimido como superfluo este precepto, y De Foresta, por razones opuestas, apoyó la supresión, por creer que no le eran aplicables todas las reglas relativas al usufructo constituído por actos *inter vivos* y de última voluntad y, sobre todo, las relativas a la fianza y al inventario. La Comisión votó la supresión sin querer prejuzgar el problema (3). La función del inventario queda

(1) Cas. Turín, 18 Junio 1875, *Legge*, 1876, 3, 113; Cas. Roma, 19 Julio 1876, *Giur. it.*, 1876, 1, 780; Cons. en sentido conforme: C. VERRONE, en *Legge*, 1876, 3, 103.

(2) La opinión contraria acogida en un fallo del T. de Apel. de Roma, 22 de Diciembre de 1875 (*Legge*, 1876, 1, 136), fué sostenida por GABBA, en una nota a la sentencia citada de la Cas. de Roma. CUTURI (*loc. cit.*) sigue a GABBA.

(3) Sesión de 28 de Septiembre de 1865; ed. del Cód. de GIANZANA, t. III, página 569.

cumplida en el mismo acto de la división entre poseedor actual y primer llamado o sucesor inmediato; y respecto a la fianza, se puede dar por dispensado tácitamente de ella al poseedor, como lo está un enajenante que no incorpora a su patrimonio el derecho de usufructo, sino que abandona la nuda propiedad. Pero es indudable que todos los demás preceptos del Código, y singularmente los relativos a la obligación de afianzar el usufructuario que no esté exceptuado de ello, cuando abuse de su derecho, y los relativos a la extinción del usufructo, son de aplicar a los poseedores de los fideicomisos abolidos (1).

(1) Habrá que aplicar el artículo 516, aunque el poseedor sea el padre del primer llamado, y no, como resuelve el Trib. de Apel. de Venecia en 30 de Julio de 1889 *(Giur. it.*, 1890, 2, 53), el 233, que se refiere exclusivamente al usufructo legal inherente a la patria potestad y autoriza una mayor intervención de la autoridad judicial contra el usufructuario que lo que consiente el artículo 516. Además, ya se comprende que al cesar el padre en el goce del usufructo *jure proprio*, hay que nombrar un curador para los bienes de los hijos menores.

CAPÍTULO VI

LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DEL USUFRUCTO

SUMARIO: 194. Prescripción decenal del usufructo. - 195. Prescripción treintenal del usufructo. Prescripción del usufructo sobre bienes muebles. - 196. Inaplicabilidad de la prescripción adquisitiva al cuasi usufructo y al usufructo de créditos.

194. En todo el *Corpus juris* no hay más que un pasaje que se refiera, y se refiere incidentalmente, a la aplicación al usufructo de la *longi temporis præscriptio*. Signo es éste del escaso influjo que tuvo siempre lo continuidad de la posesión en la constitución de los derechos limitados temporalmente; pero no hay motivo para suponer que la constitución del usufructo se sustrajera en el Derecho romano a este influjo, y que su ejercicio, sea cual fuese el origen y la duración, quedase postergado y privado de obtener la consagración de la autoridad social independientemente del derecho del constituyente (1). Es indudable que en nuestro Derecho el artículo 1.237 reconoce que puede adquirirse el usufructo sobre un fundo, así como la propiedad y los demás derechos reales inmobiliarios de disfrute, en virtud de su ejercicio comenzado en la creen-

(1) El pasaje aludido es el final de la l. 12. C. *De pr. l. t.*, VII, 33, donde Justiniano resuelve los casos en que para prescribir es necesario que transcurra el plazo de diez años y cuándo el de veinte: *eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quæ in jure consistunt, veluti usus fructus et ceteræ servitutes.* ZIMMEN (*Römischrechtl. Untersuch.*, n. 5, citado por ELVERS, *d. röm. Servitutenl.*, § 68) ha sostenido que la regla de la ley 12 es aplicable a la pérdida del usufructo por desuso, que es para lo que también Justiniano hubo de establecer los plazos de diez y veinte años (ley 13, C. *De serv.*, III, 33), y que ni el Derecho pretorio ni el justinianeo reconocieron la prescripción adquisitiva del usufructo. HAMEAUX (*d. usuc. u. l. temp. pr.*, citado por SCHILLING, *Instit.*, § 199, nota *i)* sostiene que la *longi temporis præscriptio* se aplicó por vez primera con la ley citada a la adquisición del usufructo sobre bienes inmuebles. Créese generalmente (v. ELVERS, *loc. cit.;*

cia de que se tenía a ello derecho, y continuado por espacio de diez años (1) (a).

Son requisitos para esta adquisición a título originario del usufructo, la creencia de poseer un derecho para adquirirlo y la posesión legítima del derecho creído adquirir durante todo el tiempo fijado por la ley. Consiste la posesión legítima en el ejercicio continuo, ininterrumpido, pacífico y público, del usufructo con intención de actuarlo como derecho propio. No está admitida la prueba del otro requisito, la buena fe del adquirente, sino cuando ésta se funda en la existencia de un negocio jurídico, válido y susceptible abstractamente de originar el usufructo, cuyos efectos no tiene por no emanar del propietario. La creencia justificada en la existencia de este negocio no puede suplir su realidad, como ocurría en el Derecho romano, aun para la prescripción adquisitiva de la propiedad; sin embargo, su existencia no puede constituir requisito independiente de la prescripción, porque en sí misma carece de in-

---

VANGEROW, § 351, 4; WINDSCHEID, § 313, 10) que era aplicable también a las servidumbres personales el principio del Derecho pretorio acerca de la *longa possessio*. PROUDHON, *Usufr.*, n. 752, invoca a ULPIANO, 11, § 1., *De publ. a.*, D. VI, 2, y el principio de que no puede ejercitar la acción publiciana quien no puede adquirir por prescripción. Cons., además, WINDSCHEID, § 212, n. 1. PAP., 44, § 5. D. *De usurp.*, XLI, 3, resuelve que en los términos y condiciones del *jus civile* el usufructo no puede usucapirse. Y es poco correcta la deducción de que el Derecho antiguo admitiera la *usucapio ususfructus*, a semejanza de la de las servidumbres urbanas, y que la suprimió la ley Scribonia, como dicen GALVANI, *De usufructu diss. var.* (Ginebra, 1676), c. XII, nn. 4 y sigs., y GLÜCK, t. IX, p. 114. Los citados escritores aplican los principios de la *longa possessio servitutum*, para la que, conforme a la opinión dominante (WINDSCHEID, § 213, nota 7; VANGEROW, § 351, II; ELVERS, § 68), no se requiere título ni buena fe, sino la *possessio nec vi nec clam nec precario* en la prescripción del usufructo; pero los pasajes en que aparece innecesario el título, todos, exclusivamente, se refieren a servidumbres prediales.

(1) PROUDHON, *Usufr.*, n. 751; VAZEILLE, *Traité des prescr.*, n. 523; TROPLONG, *Prescrip.*, n. 855; TOULLIER, t. III, n. 393; DURANTON, IV, 502; LAURENT, VI, 338; DEMOLOMBE, *Dist. des biens*, II, 241; DALLOZ, *Rép.*, v. *Usufruit*, nn. 93 y 94; MIRABELLI, *Prescrizione*, n. 233, y en contra, SALVIAT, *Usufr.*, t. II, pág. 54.

(a) [El Código español menciona la prescripción entre los modos de constitución del usufructo (art. 468), sin dar reglas especiales que la regulen. Conforme a las normas generales, prescribirá el derecho de usufructo por el tiempo de tres o seis años, en los bienes muebles, y de diez, veinte o treinta, en los inmuebles (arts. 1.955, 1.957 y 1.959).]

flujo sobre la modificación del vínculo jurídico, modificación que está relacionada con la buena fe del adquirente, a la que sirve de fundamento; la buena fe del adquirente consiste en ignorar los vicios del título en el momento de adquirir, y las dudas y la misma certidumbre que con el tiempo sobrevengan al titular acerca de la incapacidad concreta para constituir el derecho no impiden la prescripción, como ocurría en la teoría canónica que se impuso en el Derecho común.

Pero para que pueda existir la prescripción decenal debe comenzar el ejercicio del derecho con la transcripción del título, transcripción destinada a darle publicidad y a la que está subordinada la eficacia de la adquisición *inter vivos* respecto a tercero. La publicación del título de que deriva la adquisición por causa de muerte no la prescribe nuestro Código; esto no obstante, algunos escritores creen que el legatario de propiedad o de usufructo puede pedir la transcripción del testamento para gozar de los efectos de la prescripción decenal (1): dudo mucho de la exactitud de esta doctrina. Verdad es que, en general, el legatario se beneficia con que sea eficaz su adquisición respecto a los terceros independientemente de la transcripción; pero no es que haya en esto la simple exención de una formalidad a la que pueda renunciar voluntariamente; es que esta exención está relacionada con la tutela entera del haz de derechos existentes en la sucesión por causa de muerte. Pueden alegarse contra el legatario las enajenaciones no transcritas, las hipotecas no inscritas otorgadas por el disponente después de constituir el legado (2), y puede inscribirse contra él la separación de patrimonios (3). Transcribiendo su título, ¿puede el legatario frustrar el curso de estas pretensiones?, ¿cómo reconocerlo sin abandonar a su capricho los derechos de los acreedores?, y ¿cómo negarlo, si se reconoce que puede transcribir, ya que la transcripción impide, en daño del adquirente, la transcripción e inscripción de derechos adquiridos respecto al propietario anterior? O ¿es que no debería producir los efectos de la transcripción obligatoria la voluntaria del legado? Y entonces, ¿cómo iba a producir el efecto de iniciar la prescripción decenal, que precisamente toma como punto de partida una adquisición transcrita porque ésta es inatacable? Ni, ¿cómo

(1) TARTUFARI, *Effetti del possesso*, t. I, n. 918; MIRABELLI, *Prescrizione*, n. 234.

(2) V. más atrás, n. 143.

(3) V. íd., nn. 141 y 142.

conciliar con la transcripción, invocada únicamente para llegar a prescribir, la buena fe, esto es, la creencia en la efectiva adquisición del derecho? Por último, el artículo 2.137 exige como requisito de la prescripción decenal la adquisición a virtud de un título «*debidamente* transcrito». Pero concedida en hipótesis la posibilidad de transcribir el testamento, no puede decirse que este título sea debidamente transcrito, porque la ley no obliga a ello. Por lo tanto, sólo los actos gratuitos y onerosos *inter vivos* son los títulos capaces de iniciar la prescripción decenal.

Debía tratarse especialmente esta cuestión, porque de lo que se resuelva depende en gran parte el alcance que tenga la prescripción decenal para el usufructo, tan frecuentemente constituído en testamento; por lo demás, los principios acerca de los requisitos de la prescripción y carácter de la posesión apta para prescribir son comunes al usufructo y a la propiedad.

195. La exclusión de la prescripción decenal para quien adquiere la posesión del usufructo a título de legado abre el campo para que la consagración de esta adquisición por prescripción treintenal ofrezca utilidad práctica. La prescripción treintenal no requiere título ni buena fe, sino sólo posesión legítima, y con ella se obtiene la extinción, no únicamente de la acción negatoria y la confesoria (con las que puede defenderse el propietario contra el usufructo constituído por un no propietario, o quien tiene derecho a él reivindicarlo contra quien haya adquirido su posesión), sino, además, se extinguen las acciones que pudieran pretender la nulidad del contrato constitutivo del usufructo, de las cuales acciones, la posesión decenal de buena fe no libra al poseedor (1).

La mayor parte de los escritores franceses e italianos que se han ocupado de ello convienen en la aplicabilidad al usufructo de la prescripción adquisitiva treintenal (2). No hay disposición ex-

---

(1) TROPLONG, *Prescription*, n. 850; DURANTON, t. XX, nn. 357, 358.

(2) PROUDHON, *Usufr.*, 753; TROPLONG, *Prescript.*, n. 855; VAZEILLE, *Prescript.*, n. 136; TOULLIER, t. II, n. 393; DURANTON, IV, 502; MARCADÉ, ad a. 579, n. 2; AUBRY y RAU, § 223; DEMOLOMBE, t. X, pág. 241; LAURENT, t. VI, n. 338; DALLOZ, *Rép.*, v. *Prescription*, nn. 93 y 94; BORSARI, § 531; PAOLI, *Servitù personali*, p. 27; PACIFICI-MAZZONI, *Dist. dei beni*, n. 332. Se discute si es aplicable a las servidumbres y al usufructo, en el Derecho justinianeo, la *præscriptio longissimi temporis*, de que procede la nuestra de treinta años, aunque difiera en que no exige buena fe (VANGEROW, § 325). Lo afirma WINDSCHEID, § 213, n. 9; lo niega VANGEROW, § 351, 5.

plícita en el Código que la sancione, pero tampoco existe declaración explícita en el Código que la autorice para la propiedad (1); y este principio, reconocido unánimemente, se deduce del artículo 2.135, que autoriza la prescripción extintiva de las acciones, en relación con el precepto de carácter general del 2.105, que define la prescripción como un modo de adquirir los derechos. Si un precepto expreso aplica a las servidumbres prediales (art. 629) la adquisición por prescripción treintenal, es únicamente por la necesidad de indicar que algunas de dichas servidumbres no pueden por este medio adquirirse a título originario.

En cuanto al usufructo sobre bienes muebles, ya hemos visto que el que con buena fe adquiere su posesión, tanto a título de usufructo como a título de propiedad de un no propietario de ellos, si el propietario legítimo se ha desprendido de ella voluntariamente, asegura de modo inmediato a quien la adquiere la misma protección legal que tiene el que la adquiere del propietario. También ésta es una adquisición a título originario que para legitimarse no necesita del tiempo. La prescripción adquisitiva del usufructo sobre bienes muebles puede darse, cuando su posesión se adquiera de mala fe, en correlación con la prescripción treintenal de la acción reivindicatoria. El propietario despojado contra su voluntad puede reivindicar del poseedor de buena fe dentro de los dos años (artículo 2.146); pero en el usufructo de cosas desaparecidas o hurtadas prescribe también la acción, transcurrido que sea ese plazo.

196. Ya he dicho (2) que no se da la prescripción adquisitiva ni en el cuasiusufructo ni en el usufructo sobre derechos de obligación. La posesión de las cosas fungibles la adquiere el usufructuario a título de propiedad, no de usufructo; y se obliga a restituir el valor de ellas a quien le haya trasmitido su posesión. Causa de esta obligación es la pérdida de la propiedad por parte del que trasmite, y si éste, o el causante a quien representaba, carecía de la propiedad y poseía de mala fe la cosa o ésta había sido robada o hallada, carecía de causa la obligación, y era, por tanto, inexistente. La prescripción treintenal o bienal de la acción reivindicatoria favorece al usufructuario y le procura la propiedad de la cosa que poseía a título de propietario; no favorece al que poseía sin causa el derecho de obligación, porque no poseía a nombre de éste; y el derecho de

(1) ZACHARIÆ, § 215, n. 2.

(2) V. más atrás, n. 31.

obligación inexistente, y que imponía restituir la cosa, no puede adquirirse mediante la posesión o el ejercicio, por mucho que sea el tiempo que dure, y que pueda resultar de la formación del inventario, del avalúo o de la petición de fianza.

Si no es nulo el título de propiedad del constituyente, sino el constitutivo del usufructo, como sucedería si uno poseyese cosas fungibles en razón de un legado de usufructo revocado o ineficaz, el constituyente o su heredero adquieren siempre, por razón de la propiedad que pierden, un derecho de obligación a que se les restituya su valor, y al propio tiempo, un derecho a repetir la cosa indebidamente prestada. Prescrito el derecho a repetir lo indebido, no por ello pierden el otro derecho, que es independiente a la restitución de su valor; pero este derecho no puede alegarse más que en las condiciones en que se adquirió, y por tanto, al terminar el usufructo, como si éste se hubiera constituído válidamente. Como reflejo de aquella prescripción extintiva, en este caso, a quien adquiere sin título la propiedad de cosas fungibles con obligación de restituir su valor, se le asigna una posición igual a la del que adquirió por prescripción el usufructo de cosas fungibles por haberle investido de su posesión quien carecía de título para ello.

Respecto al usufructo sobre derechos de obligación, es evidentísimo que su ejercicio prolongado no produce efecto alguno sin la preexistencia de un derecho de obligación constituído válidamente. Aquí ya no se trata de adquirir mediante la posesión continua un derecho sobre una cosa, sino de crear una cosa con la posesión, o sea, el crédito contra quien no es deudor (1). Pero aun cuando exista el derecho de obligación y sin título válido lo asuma uno como usufructuario y continúe ejercitándolo, tampoco adquiere el derecho de continuar su ejercicio por toda la vida o hasta el término señalado por el título ineficaz que originó la posesión; como no adquieren la propiedad del derecho de obligación aquellos a quienes se les trasmite mediante una cesión nula. Por prescripción se adquiere aquel derecho que por la misma causa pierde otro; en esta hipótesis, si puede perderse por prescripción el derecho del constituyente a re-

(1) Hay que rechazar por completo la excepción que hace cierto escritor (VAZEILLE, *Prescr.*, n. 359) respecto a la renta perpetua, atendido que el sistema del Código francés y el del nuestro privan de carácter real al derecho a la misma. Ya he recordado en otro lugar (n. 31) que algunos sistemas legales, como el prusiano, reconocen en cambio la prescripción adquisitiva de los derechos personales a prestaciones periódicas.

petir la prestación del derecho de obligación, no prescribe el derecho del deudor a negarse al pago de intereses y capital a quien no está investido legítimamente del derecho de crédito; y por mucho que sea el tiempo en que haya descuidado oponer tal excepción a la pretensión del poseedor del derecho, no por ello se extingue su facultad de negarse posteriormente a su reconocimiento. El ejercicio ilegítimo del derecho de obligación a título de usufructo produce, sin embargo, un efecto: el de conservar su derecho al titular de la obligación, porque en su nombre es como lo posee, al paso que el ejercicio en virtud de una cesión nula, prolongado por todo el término requerido para prescribir, motivaría la extinción del derecho del cedente, sin que lo adquiriera el cesionario, y en cambio tendría el efecto de liberar al deudor.

CAPÍTULO VII

USUFRUCTO DEL REY SOBRE LA DOTACIÓN DE LA CORONA (a).

SUMARIO: 197. La propiedad de la dotación de la Corona. - 198. El derecho del rey sobre la dotación de la Corona.

197. La dotación de la Corona consiste en los bienes cuyo disfrute se asigna al jefe del Estado para mantener la dignidad de su cargo. Comprende una determinada cantidad de bienes muebles e inmuebles y una anualidad a cargo del Erario público (1). Indudablemente, estos bienes no pasan al patrimonio privado del rey, quien no puede disponer de ellos con arreglo a las leyes civiles, salvo el privilegio que le concede la Constitución (art. 20), para disponer por testamento con absoluta libertad. Una sentencia

---

(a) [Aunque el autor engloba ambas cosas en el concepto genérico de dotación, en Derecho español hay que diferenciar el Patrimonio de la Corona y el caudal privado del rey: *a)* Los bienes del Patrimonio real se rigen (según el art. 342 del C. c.), por su ley especial, que es la de 12 de Mayo de 1865, modificada, en parte, por la de 26 Junio 1877. En ella se establece que el Patrimonio de la Corona es indivisible, y los bienes que le constituyen, inalienables e imprescriptibles. Su carácter jurídico es el de una vinculación establecida para el esplendor de la Corona. Al decir de MUCIUS SCÆVOLA, representa el único mayorazgo exceptuado de la supresión acordada por la ley de 11 de Octubre de 1820; *b)* Los bienes del caudal privado del rey pertenecen a éste en pleno dominio (art. 17 de la ley de 1865) y tienen el carácter de propiedad privada, estando sujetos a las prescripciones del Derecho común. A este caudal privado corresponde la dotación o lista civil que, según el artículo 57 de la Constitución de 1876, se señala al principio de cada reinado.]

(1) Muchos escritores distinguen la asignación anual de la dotación, en sentido propio, y reservan a aquélla el nombre de *lista civil*. Según otros, este nombre no está en la Constitución, ni en la ley de 16 de Marzo de 1850, ni en la ley del impuesto sobre la riqueza mobiliaria de 24 de Agosto de 1877, y esta última, en su artículo 8, se refiere precisamente a la cantidad anual para exi-

reciente del Trib. de Cas. de Roma (1), para llegar a la conclusión de que estos bienes pueden prescribirse, se ha visto precisada a afirmar que, a causa de la asignación, constituyen una verdadera propiedad de la Corona y revisten el carácter de bienes patrimoniales de ella. Claro está que no pudo pasar por la imaginación del Tribunal dar a la dotación el carácter de bienes patrimoniales del rey, con olvido de la distinción que hacen los artículos 19 y 20 de la Constitución. Pero en nuestro Derecho no cabe, en modo alguno, la construcción de que la Corona, considerada como un cargo y distinta de la persona del rey y de la dignidad de que está investido, sea sujeto del derecho y del patrimonio; porque la Corona carece de personalidad jurídica y todos los intereses permanentes de la sociedad política se enlazan a la personalidad jurídica del Estado (2). GIORGI (3) ha definido perfectamente la situación jurídica de los bienes que constituyen la dotación de la Corona, y los ha incluído entre los bienes patrimoniales inalienables del Estado (4), esto es, y conforme a la definición de los artículos 1.° y 10 del Reglamento para la administración del patrimonio del Estado de 4 de Mayo de 1885, entre los bienes pertenecientes a éste en concepto de propiedad privada, y que por estar afectos a un destino especial, no pueden enajenarse (5). Y, precisamente también, y, basándose en el artículo 2 de la ley fundamental sobre la dotación de la Corona, de 16 de Marzo de 1850, que dice que las

---

mirla del impuesto. El nombre de lista civil procede de Inglaterra, donde se adoptó después de la Revolución de 1688, con el advenimiento al Trono de Guillermo III y María, en que comenzó la diferenciación entre las rentas públicas y la parte asignada al rey, que al principio no se destinó exclusivamente a los gastos de la corte, sino a subvenir también a ciertos gastos de la Administración civil *(civil government)*; Cons. MEIER, *Civilliste* (en el *R. Lex.* de HOLTZENDORFF.)

(1) Fallo de 28 de Marzo de 1893, *Foro*, 1893, 1, 822.

(2) En el Derecho inglés ocurre lo contrario: el rey constituye una *corporation sole*, y al rey, como *corporation*, se le atribuye, por ejemplo, el derecho a suceder en los bienes vacantes.

(3) *Dottrina delle persone giuridiche*, t. II, nn. 107 y sigs.

(4) En concepto de bienes de propiedad del Estado se ha resuelto muchas veces que a la Hacienda corresponde el ejercicio de las acciones reivindicatoria y negatoria, siquiera sea necesaria la representación de la Casa Real para que se tramite en forma el juicio (Cas. Palermo, 22 Julio 1890, *Foro*, 1890, 1, 1.024; Apel. Roma, 8 Julio 1893, *Foro*, 1893, 1, 1.037).

(5) Así, en el artículo 16 del citado Reglamento, se dice que se anoten los bienes de la dotación en los registros de los bienes patrimoniales.

colecciones de los objetos de arte existentes en los palacios reales «conservarán en el lugar que ocupan actualmente el destino de servir al público y al Arte», incorpora esta parte de bienes de la dotación (1) a la propiedad del Estado como objeto de propiedad pública (2), modificada ésta por la razón de su especial destino, que se impone al mismo rey, haciendo que no use de ella, sino en concurrencia con el público, al que no excluye el derecho atribuído al monarca. Por tanto, los bienes del Patrimonio real son todos inalienables e inembargables, como bienes de los que no puede disponerse; en cambio, están sustraídos a la prescripción únicamente los destinados al uso público y, por ello, pertenecientes al dominio público, no al Patrimonio del Estado. Los primeros están sujetos a la contribución territorial, rústica y urbana, pero no los segundos, porque no producen renta alguna (3).

198. El derecho correspondiente al rey sobre los bienes del patrimonio real es un derecho de usufructo, pero modificado en muchos puntos esenciales por la ley que constituye su título, como corresponde a las condiciones especiales de la relación con el Estado propietario, que no conserva expectativa alguna de obtener de ellos utilidad, hasta que cambie el destino de los mismos. Se concede al rey expresa facultad de hacer en los inmuebles del Patrimonio las variaciones que juzgue convenientes a su conservación y embellecimiento (ley de 1850, art. 5) (a). Debe satisfacer todos los gastos que origine la conservación de los mismos, sin distinguir entre reparaciones ordinarias y extraordinarias (art. 6) (b). En cambio, y, según constante jurisprudencia, tomada de la tradición del Derecho sardo, que los eximía de toda clase de contribuciones, y debido además a no haberle impuesto al rey este deber la ley del año 1850, la obligación de pagar los impuestos corresponde al Estado propietario, a diferencia de lo que ocurre en los demás

(1) No solamente las colecciones, sino también los edificios donde se encuentran.

(2) V. más atrás, nn. 58 y 59.

(3) En Derecho francés, los bienes del Patrimonio real, por virtud de una disposición expresa, eran inalienables, imprescriptibles y estaban exentos de impuestos. Según un edicto sardo de 1818, también estaban estos bienes exentos de impuestos.

(a) [Cfr. art. 9.° de la citada ley de 12 Mayo 1865.]

(b) [Cfr. art. 11 de la ley citada.]

usufructos (1) (a). El Erario público es quien satisface los gastos de inventario y de descripción del estado de los inmuebles. No es necesario añadir que no se exige al rey que preste fianza, y es obvio igualmente que no puede enajenar su derecho, que tiene un destino permanente y está dedicado a la satisfacción de las necesidades inherentes a su elevado cargo; pero ingresan en su patrimonio privado los frutos que recolecta y las rentas que percibe. A los bienes de este patrimonio les son expresamente aplicables por la ley de 1850 (art. 8) los preceptos del Código civil relativos a los arrendamientos que celebran los usufructuarios; igualmente queda reservado a la administración del dominio público fijar el ordenamiento de cortas en los bosques, y al asenso del ministro de Hacienda (ahora del Tesoro), la facultad de autorizar las cortas extraordinarias y las de árboles maderables. Por último, en cuanto a los bienes muebles que puedan deteriorarse, exige la ley que sean valorados, y se asigna al rey la facultad de servirse de ellos, o bien de enajenarlos obligándose a su sustitución (2).

El artículo 19 de la Constitución prescribe que la dotación se fije en la primera diputación de cada reinado y por la duración de cada uno de éstos. No es que el rey reciba ese derecho en la nueva ley, sino que de él queda investido de pleno derecho por virtud de la ley vigente, en el momento mismo en que sube al Trono, y por ello las terceras Cortes del anterior reinado fueron las que fijaron su dotación (ley de 23 de Junio de 1880), porque la dotación del reinado precedente, a consecuencia de la expansión que fué adquiriendo el Estado y a compás de las condiciones de los presupuestos, fué modificada diversas veces (3).

---

(1) Cas. de Milán, 31 Julio 1867, *Legge*, 1867, 1, 898; Cas. de Turín, 8 Enero 1876, *Foro*, 1876, 1, 256.

(a) [Según el art. 13 de la ley de 1865, los bienes del Patrimonio de la Corona no están sujetos a ninguna contribución ni carga pública.]

(2) Cons. sobre la naturaleza jurídica del patrimonio real, RANELLETTI, en el *Foro*, 1893, 1, 820.

(3) Leyes 24 Junio 1860, 10 Agosto 1862, 14 Marzo 1865, 5 Febrero y 26 Agosto 1868 y 20 Mayo 1872. En Noruega se establece la dotación anualmente en presupuestos; en Grecia, cada diez años; Cons. BLUNTSCHLI, *Staatslehre*, t. II, 1, III, c. VIII.

CAPÍTULO VIII

EL USUFRUCTO DE LOS BENEFICIADOS ECLESIÁSTICOS

SUMARIO: 199. Usufructo y beneficio.

199. El sistema que eligió la Iglesia católica para indemnizar las prestaciones de sus ministros, fué investirles de un derecho de disfrute sobre parte de los bienes obtenidos para las necesidades de la religión y del culto. De las concesiones, precarias en duración y de contenido limitado, que atribuían al principio a los clérigos nada más que la facultad de obtener de los bienes lo necesario a su sostenimiento, con el correr de los tiempos se llegó a concesiones normales y vitalicias, permanentes y regulares, y a la determinación absoluta de la parte que les correspondía de las rentas de los bienes de cuya posesión eran investidos; hubo más tarde de dejárseles la libre disposición de todos los frutos, privando de efecto jurídico a la destinación de una parte en beneficio de los pobres, y sólo en algún caso, y como carga inherente al disfrute, se conservó la obligación de dedicar algo a fines determinados, como construcción y reparación de templos (1). El derecho de los concesionarios, al que se mantuvo el nombre de *beneficio* para alejar la idea de que encerrase un verdadero y propio equivalente de su ministerio espiritual, hubo así de asumir en el Derecho canónico, y conserva en el Derecho eclesiástico vigente, el carácter de un derecho real de disfrute, vitalicio, sólo limitado *esencialmente* por la necesidad de conservar a los bienes en su destino perpetuo, que es precisamente el de procurar este disfrute a cuantos vengan a estar investidos del ministerio espiritual, y *accidentalmente* limitado por ciertas cargas

---

(1) Cons. sobre la historia de los beneficios RICHTER-DOVE, *Lehrb. d. Kirchenr.* (Leipzig, 1867), §§ 308-313; FRIEDBERG-RUFFINI, *Tr. di diritto ecclesiastico* (Turín, 1893), § 178.

particulares, como gastos de fábrica, pensiones a sacerdotes beneméritos privados de beneficio y otros. Opuesto al derecho perpetuo de propiedad, que es el medio de asegurar aquel destino perpetuo a los bienes, no hay motivo para constituir con él una categoría jurídica distinta del usufructo porque exista en el título que lo crea alguna determinación particular, distinta de la que da al usufructo la ley, como norma supletoria del título, para impedir así, o resolver en su caso, los conflictos que surjan con los intereses de la propiedad.

Las normas respecto al reparto de los frutos en el último año del disfrute, que se realiza de modo distinto al establecido en las relaciones entre usufructuario y propietario, no forman parte del Derecho canónico común, sino que constituyen costumbres o se consignan en decretos de las autoridades del territorio; así, en materia de frutos civiles, tratando a éstos como naturales, en algunos sitios carecen de derecho sobre los no percibidos los herederos del beneficiario, y en otras se les atribuye únicamente una parte proporcional al tiempo de ejercicio del cargo por el beneficiado (1); tampoco son de Derecho canónico general las normas que atribuyen al beneficiado un derecho a compensación por mejoras, que se niega, en cambio, al usufructuario (2). Ante la variedad posible de estas reglas particulares, debe tomarse como criterio directivo, que siempre que no exista una probada discrepancia, sancionada por la ley o

---

(1) Cons. sobre el primer sistema de reparto DE LUCA, *Th. just. et ver.*, I, XII, *De beneficiis*, d. 81, n. 25; sobre el segundo, CASTILLO SOTOMAYOR, *De usufr.*, c. LXXIX, nn. 4 y sigs. La práctica que siguen los Economatos asemeja más aún el régimen jurídico de los beneficios al del usufructuario; y si el Trib. de Cas. de Roma (22 Diciembre 1886, *C. suprema Roma*, 1886, 586) priva a los herederos del beneficiado del derecho a los frutos civiles no percibidos, lo hace porque, declarando el artículo 4.° del decreto de 25 de Junio de 1871 que no se hacía novedad ninguna en Roma y en las sedes suburbicarias respecto a los beneficios vacantes, estima que continuó allí funcionando la Cámara de Expolios con las atribuciones y poderes derivados de las Constituciones apostólicas.

(2) FRIEDBERG-RUFFINI, *op. cit.*, § 179, n. 11. Pero en comunicación ministerial dirigida el 19 de Noviembre de 1866 al Economato general de Lombardía (Colección de GIOVANELLI y CALVAUNA, *Regolamenti sui benefici ecclesiastici*, Milán, 1886) se ordena explícitamente que se consideren adquiridas las mejoras por el beneficio mismo, sin indemnización, salvo, naturalmente, cuando por anticipado haya obtenido declaración de que le serán reconocidas y compensadas.

los estatutos vigentes, se aplican las normas del usufructo a las relaciones de los beneficiados (1).

El derecho de los beneficiados no pierde el carácter de verdadero usufructo porque, aun cuando entre a formar parte del patrimonio privado de los mismos y lo aumente con las utilidades todas que dé, no pueden enajenarlo ni pignorarlo; prohibiciones iguales a las impuestas en el usufructo dotal y en el paterno, y que, a semejanza de éstos, también permanece en el patrimonio del titular, para que conserve éste la posibilidad de producir las utilidades al objeto para que fué establecido (2). El que el Derecho canónico excluyera de embargo las rentas del beneficio, nada tiene que ver con la naturaleza del derecho del beneficiado, pues se fundaba en el privilegio de inmunidad de los clérigos; por eso no hubo necesidad de derogarlo expresamente, ya que, a falta de una disposición legal categórica declaratoria de la inembargabilidad, no creo ofrezca duda que está sujeto al Derecho común (3). Por último, y aún acudiremos aquí a la analogía con los derechos del marido sobre la dote y a la de los derechos de los padres sobre los bienes de los hijos, independiente del usufructo del beneficiado es el derecho que le corresponde a representar los derechos de la propiedad (4), a ejercitar las acciones reivindicatorias de los bienes beneficiales e impedir su usurpación.

Es singular, además, que no haya ley general para todo el rei-

---

(1) Entre las divergencias más notables está la diversidad de preceptos de las distintas regiones de Italia respecto a la obligación de reparar las casas parroquiales y a la obligación de contribuir a la reparación de los edificios del culto parroquial. Cons. FRIEDBERG-RUFFINI, § 181, n. 33; SCADUTO, *Diritto ecclesiast. vigente in It.* (2.ª ed., Turín, 1893), n. 77.

(2) En cuanto a los arrendamientos rústicos de los bienes del beneficio, según el Derecho canónico, *Conc. Trident.*, ses. XXV, c. 11 *de reformat.*, deben resolverse a la muerte del beneficiado. El decreto de 22 de Marzo de 1866 (v. GIOVANELLI y CALVAUNA, *op. cit.*) exige autorización del ministerio para arrendar por más de nueve años y declara implícitamente eficaces sin tal requisito los de menos duración.

(3) V. SCADUTO, *op. cit.*, n. 20; RUFFINI (*op. cit.*, § 54, n. 27) vacila, aun cuando rechaza la teoría de algunos tribunales que, para afirmar la inembargabilidad, dan al derecho del beneficiado, unos, el carácter de uso, y otros, el de alimentos.

(4) Según SCADUTO, *op. cit.*, t. II, n. 298, al beneficiado se le impone, por ejemplo, la obligación de atender a la renovación de las hipotecas en pro del beneficio, no como usufructuario, sino como representante de la propiedad.

no (1) que regule los derechos correspondientes al beneficiado en cuanto a iniciativa e intervención para defender la propiedad de los bienes del beneficio, ni que regule la actuación de una autoridad tuitiva; en una palabra: es extraño que los intereses de la propiedad del beneficio no tengan otro órgano defensivo en lugar del beneficiado, y aun en contra del beneficiado mismo, que los Economatos de beneficios vacantes.

Porque como éstos son un ente jurídico autónomo creado para administrar los derechos sobre las rentas de los beneficios vacantes, no representan verdaderamente los intereses de la propiedad contra el usufructo beneficial, sino los intereses del usufructo futuro contra el usufructo actual. Pero esta incoherencia, entre otras, del régimen actual de la propiedad eclesiástica, que no es la que en la práctica tiene mayores inconvenientes, no significa cambio del carácter y extensión del derecho de los beneficiados. La razón de todo ello está, por un lado, en que el Estado niega a la Iglesia el carácter de Poder público y fuente de Derecho, así como también personalidad jurídica y capacidad patrimonial; pero considerando los intereses especiales de la religión y del culto, que se concretan en lugares distintos y respecto a objetos diversos, ha dado personalidad jurídica a los institutos que la representan, y en virtud de su poder soberano ha hecho a estas instituciones sujetos independientes de la propiedad de los bienes eclesiásticos. Por otra parte, ha renunciado el Estado a fijar las condiciones de existencia y las formas de actividad de estas instituciones (2) y ha permitido que normen exclusivamente su vida las leyes eclesiásticas; así, tácitamente, se ha incorporado una parte del Derecho canónico y se le ha dado el marchamo de la sanción del Derecho civil; pero faltan órganos

(1) Hay algunas leyes de los antiguos Estados todavía en vigor; y así, en Lombardía es necesaria la autorización gubernativa; en el Piamonte, no. Cons. SCADUTO, t. II, n. 348; GEIGEL, *d. italianische Staatskirchenr.* (Maguncia, 1886), § 14.

(2) Sobre la conveniencia y posibilidad de hacerlo, v. PIOLA, *La libertà della chiesa* (Milán, 1874), ps. 215 y sigs. La idea de confiar a católicos seglares la administración de los bienes eclesiásticos y el derecho de presentación, se concreta y desenvuelve en el proyecto de ley sobre régimen de entes morales del culto católico (Real Comisión para la ordenación de la propiedad eclesiástica, ponente CADORNA, Roma, 1887). Las obras diocesanas y parroquiales podrían someterse libremente en cada caso a la resolución de la autoridad eclesiástica; la misma existencia de estas autoridades carece de influjo sobre la constitución de las relaciones jurídicas.

propios en muchas funciones esenciales para satisfacer, con arreglo al Derecho canónico, los intereses de la sociedad religiosa; igual ocurre en punto a las funciones tuitivas y de fomento de la propiedad de los bienes destinados a los ministros del culto.

El poder soberano del Estado se ha ejercido limitando el reconocimiento de la personalidad jurídica a aquellos entes que ha creído necesarios o útiles para el desenvolvimiento de la actividad de la Iglesia. De los beneficios, o sea del patrimonio total destinado al ministerio religioso, se ha concedido la personalidad a todos los menores que tienen a su cargo cura de almas y a un número limitado de beneficios simples. La adquisición del derecho real de disfrute sobre los beneficios que se han conservado está unida a la designación del titular, en la que pueden intervenir personas extrañas a la jerarquía eclesiástica, en virtud del derecho de patronato. Esta designación debe ser aprobada por la autoridad secular: el *exequatur* para los beneficios mayores, el *placet* para los menores, a fin de que constituyan un título de adquisición; y las leyes que han suprimido entes beneficiarios conservan precisamente con el nombre de usufructo el derecho vitalicio de disfrute de los investidos (1). La enumeración de los entes que conservan carácter beneficial (2) y el desarrollo de las normas por que se rige la designación del titular (3) no son materias propias del presente tratado.

---

(1) Ley sarda de 29 de Mayo de 1855, arts. 21, 22; Decreto Pepoli de 11 de Diciembre de 1860, arts. 14, 15; Decreto Valerio de 3 de Enero de 1861, artículos 14, 15; Decreto dictatorial de 17 de Febrero de 1861 para las provincias napolitanas, arts. 22, 23; Ley de 15 de Agosto de 1867, art. 5; Ley de 3 de Julio de 1870, art. 70. Véase el texto de estas leyes y decretos en GRASSI, *Man. di legislazioni in ordine al dir. pubbl. ecclesiastico* (Florencia, 1879). La ley de Registro (art. 80; tarifa, art. 115) designa también la adquisición del derecho del beneficiado como transmisión de usufructo.

(2) V. particularmente sobre esto SCADUTO, *op. cit.*, nn. 35, 39, 41, 56, 59, 69-73, 92, 93. Contra la tesis de SCADUTO de que la dotación asignada por la Ley de Garantías a la Santa Sede tenga carácter de beneficio, v. RUFFINI, *op. cit.*, § 58, n. 10, y CALISSE, *Man. di dir. ecclesiastico*, n. 58.

(3) Acerca de la designación del titular del beneficio por la autoridad eclesiástica, v. SCADUTO, *op. cit.*, núms. 50, 68, 85, y FRIEDBERG-RUFFINI, §§ 114-118, 124, 125; acerca del derecho de patronato: SCADUTO, nn. 387-448, y FRIEDBERG-RUFFINI, §§ 118-123; sobre el *exequatur* y el *placet*, SCADUTO, nn. 482-489, FRIEDBERG-RUFFINI, § § 97, n. 7; 116, n. 29; 117, n. 8. Consúltese, además, acerca de los Economatos, que sobre el patrimonio del beneficio vacante tienen un derecho de igual contenido que el de los beneficiados, SCADUTO, núms. 326-355, y FRIEDBERG-RUFFINI, § 181, *in fine*.

ÍNDICE GENERAL

DEL TOMO PRIMERO

LIBRO PRIMERO

EL USUFRUCTO Y SUS MODIFICACIONES

CAPÍTULO I

EL USUFRUCTO

§ 1. *El usufructo y el cuasiusufructo.*

§ 2. *El usufructo sobre derechos.*

§ 3. *Idea general del usufructo en el Código italiano.*

§ 4. *Legislación comparada.*

CAPÍTULO II

LAS MODIFICACIONES DEL USUFRUCTO

§ 1. *El «usus», la «habitatio» y las «operæ servorum» en el Derecho romano.*

Páginas

§ 2. *La categoría de las servidumbres y las servidumbres personales irregulares en el Derecho romano.*

§ 3. *Las modificaciones del usufructo en los Códigos francés e italiano.*

Páginas

§ 4. *Legislación comparada.*

CAPÍTULO III

LOS USOS PÚBLICOS Y LOS USOS COLECTIVOS

LIBRO SEGUNDO

CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO

CAPÍTULO I

LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA DE USUFRUCTO

§ 1. *Caracteres de la disposición testamentaria de usufructo, y aplicación a ella de los principios generales sobre disposición y adquisición de los legados.*

§ 2. *Dudas acerca del contenido de la disposición.*

§ 3. *El usufructo, el fideicomiso y las disposiciones condicionales.*

§ 4. *Usufructo conjunto y usufructo sucesivo.*

§ 5. *Garantías de los acreedores y legitimarios.*

Páginas

§ 6. *El impuesto sobre las sucesiones.*

CAPÍTULO II

CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO POR ACTOS «INTER VIVOS»

CAPÍTULO III

EL USUFRUCTO DE LOS PADRES

CAPÍTULO IV

EL USUFRUCTO DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

CAPÍTULO V

EL USUFRUCTO SOBRE BIENES DE FIDEICOMISOS ABOLIDOS

CAPÍTULO VI

LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DEL USUFRUCTO

Páginas

CAPÍTULO VII

USUFRUCTO DEL REY SOBRE LA DOTACIÓN DE LA CORONA

CAPÍTULO VIII

EL USUFRUCTO DE LOS BENEFICIADOS ECLESIÁSTICOS

BIBLIOTECA DE LA REVISTA DE DERECHO PRIVADO

OBRAS PUBLICADAS

Serie B. | RECAREDO F. DE VELASCO | **Volumen IV.**

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Murcia.

Los contratos administrativos

(Doctrina general. — Legislación española, con inclusión de los Estatutos municipal y provincial y Disposiciones complementarias. — Jurisprudencia de los Tribunales y Resoluciones de los Centros directivos.)

En 4.º (15 × 23,5), de X + 426 páginas. **Precio: 18,— pesetas.**

Serie B. | H. A. FISCHER | **Volumen V.**

Profesor de la Universidad de Jena.

Los daños civiles y su reparación

Traducción del alemán, con concordancias y un Estudio preliminar sobre el Derecho español, por

W. ROCES

Catedrático en la Universidad de Salamanca.

Un volumen en 4.º, de unas 340 páginas. **Precio: 15,— pesetas.**

Serie B. | G. CHIOVENDA | **Volumen VI.**

Profesor de la Universidad de Roma.

LA CONDENA EN COSTAS

TRADUCCIÓN DE JUAN A. DE LA PUENTE QUIJANO

Doctor en Derecho y Oficial de la Dirección de los Registros y del Notariado.

CON NOTAS DEL DERECHO ESPAÑOL DE J. XIRAU

Profesor de la Universidad de Barcelona.

En 4.º (15 × 25,5), de unas 560 páginas. **Precio: 20,— pesetas.**

Serie C. | R. SOHM | **Volumen I.**

INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO

HISTORIA Y SISTEMA

17.ª edición, refundida por L. MITTEIS y sacada a luz por L. WENGER.

TRADUCCIÓN DE W. ROCES.

Catedrático de la Universidad de Salamanca.

PRÓLOGO DE M. M. TRAVIESAS

Catedrático de Oviedo.

Un volumen de 736 páginas. **Precio: 25,— pesetas.**


UNIVERSIDAD DE SEVILLA